Münster 1935 No 14 Jur DiSS

Die Vorverträge zu Konsensualverträgen.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster i. Westf.

vorgelegt von

Heinrich Schemmer
aus
Lüdinghausen i. Westf.

1935

Referent: **Herr Professor Dr. Kaser**

Korreferent: **Herr Professor Dr. His**

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.
Vorbemerkung.

Erster Teil: Klarstellung u. Abgrenzung des Vorvertragsbegriffs

§ 1: Begriffsbestimmung des Vorvertrages.
§ 2: Unterscheidung und Abgrenzung des Vorvertrages von andern Vertragsvorbereitungen.
§ 3: Tatbestände, die dem Vorvertragsbegriff nicht zu unterstellen sind.

Zweiter Teil: Der Vorvertrag bei Konsensualverträgen.

§ 4: Kurze Uebersicht über die Streitliteratur.
§ 5: Der einseitige Vorvertrag im besonderen.
I. Der begriffliche Unterschied des einseitigen Vorvertrages von der einseitig bindenden Offerte, der Option und dem bedingten Vertrage.
II. Der Zweck des einseitigen Vorvertrages im Gegensatz zur einseitig bindenden Offerte, zur Option und zum bedingten Vertrage.
§ 6: Der zweiseitige Vorvertrag.
I. Allgemeines.
II. Die verschiedenen Tatbestände des zweiseitigen Vorvertrages.
1. Der inhaltlich nicht völlig bestimmte Vorvertrag.
2. Der Vorvertrag auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts als besonderer Anwendungsfall des nicht völlig bestimmten Vorvertrages.
3 Der Vorvertrag zu Formalverträgen,
a) zu solchen Verträgen, die kraft Gesetzes,
b) die kraft Parteivereinbarung einer Form bedürfen.
4. Der Vorvertrag auf dem Gebiete des Wechselrechts.

Dritter Teil: Der Anspruch aus dem Vorvertrage und seine gerichtliche Geltendmachung.

§ 7: Der Anspruch aus dem Vorvertrage.
I. Inhalt des Anspruchs.
II. Uebertragbarkeit, Pfändbarkeit und Vererblichkeit des Anspruchs.
III. Aufrechenbarkeit und Verjährung des Anspruchs.
§ 8: Die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs.
I. Inhalt des Klageantrages.
II. Inhalt des Urteils und dessen Vollstreckung.
§ 9: Sicherung des Anspruchs durch Arrest oder einstweilige Verfügung.

Literatur-Verzeichnis.

Adler:	Realkontrakt und Vorvertrag in Jher. Jahrb. Bd. 31 S. 190.
Alzen:	Der Vorvertrag in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diss. Köln 1933.
Baumbach:	Handelsgesetzbuch, Berlin 1932.
Baumbach:	Zivilprozeßordnung, 8. Aufl. 1934.
Berndt:	Verpflichtungsverträge nach dem BGB. Diss. Heidelberg 1909.
Breit:	Die Willenserklärung als Aeußerung und Leistungsgegenstand nach dem BGB. in Gruch. Beitr. Bd. 55 S. 1.
Crome:	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1902.
Crüger-Crecelius:	Das Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften. 12. Aufl. 1932.
Degenkolb:	Zur Lehre vom Vorvertrag in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 71 S. 1.
Degenkolb:	Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 71, S. 159.
Dernburg:	Die Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens, Zweite Abt. 1. und 2. Aufl. 1901.
Düringer-Hachenburg:	Das Handelsgesetzbuch, II. Band, 1. Hälfte, erl. von Geiler, 3. Aufl. 1932. II. Band, 2. Hälfte, erl. von Flechtheim, 3. Aufl. 1932.
Ehrenberg:	Handbuch des gesamten Handelsrechts, Vierter Band, I. Abt. Leipzig 1917.
Eneccerus-Nipperdey:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, I. Band, 13. Bearb. 1931.
Enneccerus-Lehmann:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 11. Bearb. 1930.
Fischer-Henle-Titze:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 14. Aufl. 1932.
Geib:	Heinrich Degenkolb in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 106, S. 17 ff.

Geller:	Der Vorvertrag. Diss. Erlangen 1908.
Geppert:	Fahrlässigkeit bei Vertragsschluß in Gruch. Beitr. Bd. 69, S. 529.
Goldmann:	Zur Rechtsnatur des Verlöbnisses in D. Jur. Zeit. 1901 S. 432.
Goldschmit:	Die Aktiengesellschaft, München 1927.
Göppert:	Zur Lehre von den pacta de contrahendo in Krit. Vierteljahrsschrift f. Ges. und Rechtswissenschaft, Bd. XIV, S. 401 ff.
Greis:	Zur Lehre vom Vorvertrag. Diss. Rostock 1913.
Hachenburg-Bing-Schmidt:	Kommentar zum G.m.b.H.-Gesetz, 5. Aufl, 1926.
Hellmann:	Das Verlöbnis nach dem BGB. in D. Jur. Zeit. 1901 S. 217.
Kaubes:	Zur Geschichte und rechtlichen Natur des Vorvertrages. Diss. Heidelberg 1911.
Kerstjens:	Die Vorverträge. Diss. Marburg 1929.
Kipp:	Die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen, 1892.
Koenige:	Handausgabe des Handelsgesetzbuches, bearbeitet von Koenige, Teichmann und Koehler, 2. Aufl. 1929.
Kohler:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Band, 1. Teil, Berlin 1915.
Krauß:	Der Vorvertrag. Diss. Erlangen 1929.
Krückmann:	Institutionen des Bürgerlichen Rechts, 5. Aufl. 1929.
Langen:	Inhaberschuldverschreibungen und Kreationstheorie in Arch. f. Bürg. Recht Bd. 30, S. 7,
Lehmann, H.:	Familienrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs, 1926.
Loewenwarter:	culpa in contrahendo in Jur. Woch. 1921, S. 1307.
Matthiass:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. und 7. Auflage 1914.
Meyer:	Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion in Arch. f. d. ziv. Prax. Bd. 87, S, 77.

Michaelis:	Wechselrecht, 1932.
Mitteis:	Familienrecht, 2. Aufl. 1928.
Motive:	zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, Bd. I, II und IV. Amtliche Ausgabe Berlin 1896.
Oertmann:	Kommentar zum BGB. Allg. Teil, 3. Aufl. 1927. Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abt. 5. Aufl. 1928.
Planck's	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Strohal. Allg. Teil, 4. Aufl. 1913. Recht der Schuldverhältnisse (Allg. Teil) 4. Aufl. 1914. Familienrecht, 4. Aufl. 1924.
Protokolle	der Kommission für die zweite Lesung des BGB., Bd. I, II und IV, bearbeitet von Archilles, Gebhard, Spahn, Berlin, 1898.
Quassowski-Albrecht:	Wechselgesetz, 1934.
Rath:	Der Vorvertrag nach dem BGB. Diss. Erlangen 1906.
Rehbein:	Das BGB. mit Erläuterungen, Allg. Teil, 1899.
Richter:	Schadenersatz bei Verschulden gelegentlich der Vertragsverhandlungen in. Jur. Woch. 1921, S. 664.
Reichsgerichtsräte-Kommentar (zit. R.G.R.K.)	Allg. Teil, 8. Aufl. 1934, Schuldrecht, 8. Aufl. 1934, Sachenrecht, 8. Aufl. 1934, Familienrecht, 6. Aufl. 1928.
Rode:	Ein Beitrag zur Lehre des Vorvertrages, Diss. Marburg 1931.
Roth:	Der Vorvertrag, Freiburger Diss. Bern 1928.
Rosenthal-Freymuth-Kamnitzer:	Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl. 1931.
Schapp:	Der Vorvertrag zu Konsensualverträgen, Diss. Heidelberg 1909.

Schloßmann:	Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sog. Realkontrakte in Jher. Jahrb. Bd. 45, S. 1.
Schmitz:	Ueber den Vorvertrag zu Konsensualkontrakten, Diss. Erlangen 1905.
Scholtze:	Gibt es nach dem Recht des BGB. Vorverträge. Diss. Jena 1916.
Schreiber:	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, München 1925.
von Schwerin:	Recht der Wertpapiere, 1924.
von Schwerin:	Wechsel- und Scheckrecht, 1934.
Seuffert:	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, I Band, 12. Aufl. 1932, II Band, 12. Aufl. 1933.
Soergel:	Bürgerliches Gesetzbuch, Band I, 5. Aufl. 1931, Band II, 4. Aufl. 1929.
Staub's	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, erster Band, bearb. von Bondi und Pinner, 14. Auflage 1932, zweiter Bd., bearb. v. Pinner, 14. Aufl. 1933, dritter Band, bearb. von Gadow, 14. Aufl. 1933.
Staub-Stranz:	Kommentar zum Wechselgesetz, 13. Aufl. 1934.
Staudinger's	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allg. Teil, bearb. von Riezler, 9. Aufl. 1925, Schuldverhältnisse 1. Teil, bearb. von Werner, 9. Aufl. 1930, 2. Teil, bearb. von Kober und Nipperdey, 9. Aufl. 1928, 3. Teil, bearb. von Kober, Geier und Engelmann, 9. Aufl. 1929. Familienrecht 1. Teil, bearb. von Engelmann, herausgegeben von Keidel, 9. Aufl. 1926, 2. Teil, bearb. von Engelmann, herausgegeben von Keidel, 9. Aufl. 1926.
Stein-Jonas:	Zivilprozeßordnung, Band I und II, 15. Aufl. 1934.

Stintzing:	Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse, Jena 1903.
Stoll:	Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen in Leipz. Zeitschr. 1923, Sp. 532.
Storch:	Der landrechtliche Darlehnsvertrag, Diss. Berlin 1878.
Sydow-Busch-Krantz:	Zivilprozeßordnung, Band 1 und 2, 20. Aufl. 1930.
Titze:	Das Verschulden beim Vertragsschluß in D. Jur. Zeit. 1925, S. 490.
Tobias:	Der Vorvertrag nach dem BGB. Diss. Rostock 1916.
von Tuhr:	Der allg. Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Hälfte, 1914.
Traut:	Beiträge zur Lehre vom Vorvertrag. Diss. Heidelberg 1911.
Warneyer:	Kommentar zum BGB. I und II Band, 2. Aufl. 1930.

Abkürzungen.

Arch. f. Bürg. Recht	= Archiv für Bürgerliches Recht.
Arch. f. d. ziv. Prax.	= Archiv für die zivilistische Praxis.
D. Jur. Zeit.	= Deutsche Juristenzeitung.
Jur. Woch.	= Juristische Wochenschrift.
Jher. Jahrb.	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.
Leipz. Zeitschr.	= Leipziger Zeitschrift für das Deutsche Recht.
OLG.	= Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Recht	= Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
RG.	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROHG.	= Entscheidungen des früheren Reichsoberhandelsgerichts.
Seuff. Arch.	= Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Warn. Rspr.	= Warneyer Rechtsprechung = Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0046

Vorbemerkung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich einer besonderen Regelung des Vorvertrages enthalten, obwohl es vorvertragliche Tatbestände, z. B. in § 610, kennt. Der Grund hierfür liegt darin, daß eine besondere Regelung „mangels zureichenden Bedürfnisses"[1]) nicht für notwendig erachtet wurde. Nicht in allen Staaten ist das Gesetz von dieser Erwägung ausgegangen. So finden sich z. B. im schweizerischen Obligationenrecht in Art. 22, sowie im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch in § 936 Bestimmungen über den Vorvertrag.[2])

Die Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Regelung des Vorvertrages ist wohl der wesentlichste Grund für die erheblichen Meinungsverschiedenheiten, die noch heute fast den gesamten, mit dem Vorvertrag zusammenhängenden Fragenkomplex beherrschen. Immerhin ist nicht zu verkennen, daß in zweiter Linie insbesondere auch der dem Vorvertrag eigentümliche Vertragsinhalt Anlaß zu verschiedener Auffassung geben konnte und gegeben hat. Am eindringlichsten tritt diese Unklarheit zutage bei der Behandlung des Vorvertrages zu Konsensualverträgen. Aus diesem Grunde soll sich unsere Untersuchung vornehmlich auf diese Kategorie der Vorverträge erstrecken.

---

1) Wie die Motive sagen. (Vergl. Bd. I S. 178)

2) Art 22 des schweizerischen Obligationenrechts lautet: Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluß eines künftigen Vertrages begründet werden. Wo das Gesetz zum Schutze der Vertragsschließenden für die Gültigkeit des künftigen Vertrages eine Form vorschreibt, gilt diese auch für den Vorvertrag.
§ 936 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmt: Die Verabredung, künftig einen Vertrag schließen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschließung als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrüchlich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck oder das Zutrauen des einen oder andern Teils verloren wird. Ueberhaupt muß auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahre nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden, widrigenfalls ist das Recht erloschen.

Erster Teil: Klarstellung und Abgrenzung des Vorvertragsbegriffs.

§ 1.

Begriffsbestimmung des Vorvertrages.

Die Frage nach der Begriffsbestimmung des Vorvertrages wird von der gesamten neueren Rechtslehre übereinstimmend beantwortet. Stets wird als Vorvertrag ein Vertrag angesehen, durch den die Parteien sich zum Abschluß eines weiteren Vertrages, nämlich des Hauptvertrages, verpflichten.[1])

Das Reichsgericht geht bei der Verwendung des Vorvertragsbegriffes ebenfalls von diesem Gesichtspunkte aus. In einer neueren Entscheidung[2]) ist zum Ausdruck gebracht: „Insbesondere ist die rechtliche Eigenart des Vorvertrages als eines die Beteiligten zum Abschlusse eines hinreichend bestimmten Hauptvertrages in erzwingbarer Form verpflichtenden Parteiabkommens nicht verkannt . . ."

Im Gegensatz zum gewöhnlichen Vertrage, durch den der von den Parteien beabsichtigte Rechtserfolg ohne weiteres herbeigeführt wird, stellt sich demnach der Vorvertrag als ein Rechtsgeschäft dar, das den zukünftigen Abschluß eines Vertrages, der seinerseits erst die endgültigen Rechtswirkungen begründet, herbeiführen und sichern soll. Eine derartige Bindung zum Abschluß des endgültigen Vertrages kann im Interesse einer Partei oder auch beider Parteien liegen. Fast überall in der Rechtslehre findet sich demzufolge die Unterscheidung zwischen ein- und zweiseitigem Vorvertrage. Von ersterem wird gesprochen, wenn sich nur eine Partei zum Abschlusse des Hauptvertrages verpflichtet, vom zweiseitigen dagegen ist die Rede, wenn beide Parteien diese Verpflichtung übernehmen.[3])

1) Vergl. z. B. Planck-Strohal, Vorb. 4 zu § 145, Soergel, Vorb. zu § 145, Oertmann, § 154, 4. Warneyer, § 145, III, R.G.R.K. Vorb. 2 zu § 145, Fischer-Henle-Titze, § 127, 2, Staudinger-Riezler, Vorb. 8 zu § 145, Enneccerus-Nipperdey, § 143, IV und Staub-Gadow, § 350, Anm 50—53.
2) Bd. 130 S. 74.
3) Vergl. statt vieler: Geller a.a.O. S 20, Schapp a.a O. S. 9 und Kerstjens, S. 12.

§ 2.

Unterscheidung und Abgrenzung des Vorvertrages von andern Vertragsvorbereitungen.

Zur weiteren Klarstellung des Vorvertragsbegriffs erscheint eine Unterscheidung und Abgrenzung gegen anderweitige Vertragsvorbereitungen, die sogenannten Traktate und Punktationen, zweckmäßig.

Dem Abschluß eines jeden Vertrages gehen Vorverhandlungen voraus. Diese können einmal darin bestehen, daß die Parteien den Vertragsinhalt besprechen. Diese Besprechungen werden gewöhnlich als Traktate bezeichnet.[1]) Die Parteien können aber in dem Stadium der Verhandlungen schon weiter fortgeschritten sein und schriftliche Aufzeichnungen, sogenannte Punktationen,[2]) über einzelne Vertragspunkte gemacht haben. Beide, sowohl Traktate als auch Punktationen, erzeugen im Gegensatz zum Vorvertrag noch keine vertraglichen Bindungen. Das ergibt sich insbesondere aus der Vorschrift des § 154 Abs. 1 Satz 2 BGB., wonach eine Verständigung über einzelne Punkte des Vertrages auch dann nicht bindend ist, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat. Hieraus ist aber nicht zu folgern, daß die Traktate und Punktationen überhaupt keine rechtlichen Wirkungen nach sich ziehen. Praktische Bedeutung gewinnen sich vor allem bei der Auslegung von Parteierklärungen. Der Richter z. B. ist nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung berechtigt, sie bei der Feststellung des Vertragsinhalts zwecks Erforschung des wahren Willens der Parteien heranzuziehen. Sie können weiter dazu dienen, einem Antrage auf Vertragsschluß die nötige Bestimmtheit zu verleihen, wenn der Antragende ausdrücklich oder stillschweigend auf sie Bezug genommen hat.[3])

Von besonderer Bedeutung ist ferner, daß die Vertragsvorverhandlungen bereits eine rechtliche Sorgfaltspflicht der Parteien erzeugen, deren Verletzung einen Anspruch auf Schadenersatz begründet. Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält zwar keine ausdrückliche allgemeine Vorschrift dieses Inhalts. In einer Anzahl von Einzelvorschriften ist jedoch eine Haftung für ein Verschulden beim Vertragsschluß ausdrücklich festgelegt.[4]) Mit Rücksicht auf diese Einzelvorschriften in Verbindung mit dem Rechtsgedanken des § 276 BGB. ist von der Rechtslehre[5]) und in

1) und 2) Vergl. Staudinger-Riezler, Vorb. 7a und b vor § 145 und Planck-Strohal, Vorb. 4 zu § 145.
3) Staudinger-Riezler, Vorb. 7a zu § 145 und § 145 Anm 2
4) Vergl. die §§ 122, 179, 307, 309, 463, 540, 637 und 694 BGB.
5) Siehe Staudinger-Werner, Vorb. B II 1 vor § 275, Oertmann, IV. b zu § 280, R.G.R.K. § 276, 3, Warneyer, § 276, V, Soergel, § 276, 5, Titze in D. Jur. Z. 1925 S. 490, Löwenwarter in Jur. Woch. 1921 S. 1307, Stoll in Leipz. Zeitschr. 1923 Sp. 532 ff. u.a.

der Rechtssprechung[6]) der allgemeine Grundsatz entwickelt worden, daß derjenige, der mit einem andern in Vertragsverhandlungen tritt, sein Verschulden bei diesen Verhandlungen zu vertreten habe, und zwar unabhängig davon, ob ein wirksamer Vertragsschluß zustandegekommen sei. [7])

Dieser erwähnte Grundsatz greift naturgemäß auch dann Platz, wenn die Parteien in Vorverhandlungen über den Abschluß eines Vorvertrages getreten sind. Obgleich in einem solchen Falle den Parteien als nächstes Ziel der Abschluß dieses Vorvertrages vor Augen schwebt, so besteht doch der letzte Zweck der gesamten Verhandlungen darin, das Zustandekommen des Hauptvertrages vorzubereiten und herbeizuführen. Die Parteien sind demnach zur Beobachtung derselben Sorgfalt verpflichtet, als wenn sie direkt über den Abschluß des Hauptvertrages verhandelten. Dieser Schluß ist vor allem deswegen gerechtfertigt, weil die Parteien während der Verhandlungen vielfach noch garnicht darüber im klaren sind, ob sie direkt den Hauptvertrag oder erst einen Vorvertrag schließen werden. Es wird sich oft erst während des Stadiums der Vorverhandlungen herausstellen, daß der Sachverhalt zum Abschluß des Hauptvertrages aus einem bestimmten Grunde noch nicht reif ist, und daß deshalb zunächst der Abschluß eines Vorvertrages geboten erscheint. Man denke z. B. an Vorverhandlungen über den Abschluß eines Grundstückspachtvertrages. Während die Parteien zunächst den Abschluß eines Pachtvertrages für die Dauer eines Jahres beabsichtigten, entschließen sie sich während der Verhandlungen zu einer Pachtzeit von fünf Jahren. Im Laufe der Verhandlungen sind also die Parteien übereingekommen, einen Pachtvertrag zu schließen, der im Gegensatz zu dem zunächst in Aussicht genommenen Vertrage der Schriftform bedarf (§ 566 Abs. 1 BGB.). Ist aber die Möglichkeit zum sofortigen Abschluß des schriftlichen Pachtvertrages nicht gegeben, dann greifen die Parteien, um dennoch eine sofortige Bindung herbeizuführen, zum Abschluß eines

---

6) Vergl. die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 104, S. 267, Bd. 107, S. 362 Bd. 114, S. 155, Bd. 116, S. 18, Bd. 120, S. 251 und und Bd. 132, S. 28.

7) Vereinzelt (Richter in Jur. Woch. 1921 S. 664 und Geppert in Gruch. Beitr. Bd. 69 S 529) wird zwar noch geltend gemacht, daß eine Haftung nur dann eintrete, wenn ein Vertrag zustandegekommen sei. Gegen diese Ansicht spricht nicht nur die Tatsache, daß auch das Gesetz für den Fall, daß ein Vertrag nicht zustande kommt, einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses in verschiedenen Fällen zubilligt (siehe §§ 122, 179, 307, 309 BGB) sondern auch die Erwägung, daß eine Haftung für eine fahrlässige Vermögensbeschädigung beim Vertragsschluß wenigstens in Höhe des negativen Interesses vom wirtschaftlichen Standpunkt aus auch beim Nichtzustandekommen des Vertrages dringend notwendig erscheint. Die Vorschrift des § 823 BGB., worauf Richter (a.a.O. S. 665) in diesem Zusammenhang hinweist, bietet hierfür aber keinen hinreichenden Schutz. (vergl. zu diesem Punkte besonders Loewenwarter in Jur. Woch. 1921 S. 1307 und die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 104 S. 267 sowie in Bd. 107 S. 357 ff, vor allem S. 362.)

mündlichen Vorvertrages.[8]) Es würde unbillig erscheinen, den Parteien in einem solchen Falle eine geringere Sorgfaltspflicht während der Vorverhandlungen aufzuerlegen, als wenn von vornherein feststeht, daß direkt der endgültige Vertrag geschlossen werden soll.

Eine neue Haftungsgrundlage entsteht jedoch, wenn der Abschluß des Vorvertrages vollzogen ist. Die Parteien sind nunmehr auf dem Wege der Vorbereitung des endgültigen Vertrages einen bedeutsamen Schritt weitergelangt. Sie haben das Stadium der eigentlichen Vorverhandlungen abgeschlossen und eine feste vertragliche Bindung begründet. Ein etwaiges Verschulden der Parteien nach dem Abschluß eines Vorvertrages fällt nicht unter den Gesichtspunkt der culpa in contrahendo, sondern stellt sich als wirkliche Vertragsverletzung dar. Für die Beurteilung einer eventuellen Schadensersatzpflicht sind demnach vertragliche Grundsätze maßgebend.[9])

Schwierigkeiten ergeben sich vielfach bei der Abgrenzung des Vorvertrages von den Traktaten und Punktationen. Nicht immer ist klar erkennbar, ob bereits ein verbindlicher Vorvertrag vorliegt, oder ob in den getroffenen Parteivereinbarungen lediglich unverbindliche Vorverhandlungen zu erblicken sind. Maßgebend für die Beurteilung ist der wirkliche Wille der Parteien. Er ist unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände zu ermitteln. Vor allen Dingen ist der wirtschaftliche Zweck, den die Parteien im Auge gehabt haben, zu beachten. Bestand dieser Zweck erkennbar darin, eine sofortige vertragliche Bindung herbeizuführen, so ist das Vorliegen eines Vorvertrages zu bejahen. Bei einem Vorvertrage zum Abschluß eines Mietvertrages ist das z. B. dann anzunehmen, wenn der zukünftige Mieter sein früheres Mietverhältnis bereits gekündigt und dies bei den Verhandlungen mit dem Vertragsgegner zum Ausdruck gebracht hat. Hierdurch hat er nämlich zu erkennen gegeben, daß er an einer sofortigen Bindung ein besonderes Interesse hat. Im Geschäftsverkehr kann aus längerer gleichförmiger Uebung der Parteiwille entnommen werden. Als bloße Vorverhandlungen wird man die Vereinbarungen der Parteien dann auffassen müssen, wenn eine Einigung über sämtliche wesentlichen Punkte noch nicht erzielt ist und auch keine Anhaltspunkte für die Ergänzung der noch fehlenden Einzelheiten zum Ausdruck gebracht sind. Eine Vereinbarung, die außer der Verpflichtung zur Veräußerung und zum Erwerbe eines Grundstücks lediglich die Höhe des Kaufpreises enthält, obwohl nach

8) Ueber die rechtliche Wirksamkeit eines mündlich geschlossenen Vorvertrages zu einem Grundstückspachtvertrage von mehr als einjähriger Dauer vergl. unten § 6, II, 3 a.
9) Vergl. im einzelnen § 7

der gesamten Sachlage eine nähere Regelung der Art und Zeit der Zahlung, der Verzinsung und Sicherstellung des hohen Kaufpreises sowie der Hypothekenverhältnisse geboten und auch für später beabsichtigt war, stellt nach der Ansicht des Reichsgerichts lediglich eine Punktation dar, weil eine Einigung über die eben angeführten wichtigen Punkte noch nicht erzielt ist.[10])

Man wird also in Zweifelsfällen prüfen müssen, ob die Parteien besondere Gründe hatten, die eine feste vertragliche Bindung gerechtfertigt erscheinen lassen, oder aber, ob sie nur unverbindliche Vorverhandlungen führen wollten.

§ 3.

Tatbestände, die dem Vorvertragsbegriff nicht zu unterstellen sind.

Eine feste Umgrenzung des Anwendungsgebietes des Vorvertrages ist zur Vermeidung von Unübersichtlichkeiten und Unklarheiten notwendig. Dabei ist von vorneherein zu betonen, daß eine Beschränkung der Anwendung auf das Gebiet des Rechts der Schuldverhältnisse[1]) nicht dem Sinn und dem Zweck des Vorvertrages entspricht. Grundsätzlich durchdringt vielmehr der Vorvertrag alle Gebiete, auf denen überhaupt der Abschluß eines Vertrages möglich ist. Andererseits darf aber auch der Vorvertragsbegriff nicht zu weit ausgedehnt werden. Es besteht keinerlei Bedürfnis, Verträge, die eine besondere gesetzliche Regelung gefunden haben, und die damit eigenen Vertragsgrundsätzen unterworfen sind, als Vorverträge zu bezeichnen, denn praktisch wäre damit, wie wir aus den nachfolgenden Ausführungen ersehen werden, nicht das geringste gewinnen.

In diesem Zusammenhang ist vor allem das Gebiet der dinglichen Verträge zu erwähnen. Von den Verträgen des Schuldrechts unterscheiden sich die dinglichen Verträge dadurch, daß sie nicht auf die Erzeugung einer Verpflichtung, eines Anspruchs, sondern unmittelbar auf Begründung oder Aenderung eines dinglichen Rechts gerichtet sind. Ein Vertrag, der die Verpflichtung zur Herbeiführung einer solchen dinglichen Rechtsänderung zum Gegenstand hat, ist tatsächlich nichts anderes, als das schuldrechtliche Grundgeschäft, das diese Verpflichtung

10) R.G. Bd. 73 S. 119.

1) Wie sie z.B. von Göppert (a.a.O. S. 404) vorgenommen wurde mit der Begründung, daß die Gewöhnung der Literatur sowie Gründe der juristischen Begriffsbildung eine solche Einschränkung rechtfertigten.

zur Rechtsänderung in sich schließt.[2]) Die Wirkung dieses Grundgeschäfts erschöpft sich in den wenigsten Fällen in der Herbeiführung der dinglichen Rechtsänderung.[3]) Durchweg ist in ihm eine Anzahl weiterer Verpflichtungen geregelt. Im Verhältnis zum nachfolgenden dinglichen Vertrage stellt das Grundgeschäft einen völlig selbständigen, sachlich davon verschiedenen[4]) Vertrag dar mit eigener rechtspolitischer Bedeutung. Man denke z. B. an die Auflassung. Die Verpflichtung zur Auflassung ist kein selbständiger, für sich bestehender Vertrag, sondern sie bildet einen Teil eines andern Vertrages, z. B. eines Kaufvertrages. Der letzte Zweck eines Kaufvertrages liegt aber in dem Austausch von Ware und Preis. Die Auflassung spielt innerhalb dieses Zwecks bei den Parteien eine untergeordnete Rolle.[5]) Eine Einbeziehung unter den Vorvertragsbegriff wäre aber auch praktisch ohne jede Bedeutung.[6]) Der Kaufvertrag untersteht mit seinem gesamten Inhalt den gesetzlichen Kaufvorschriften. Die besonderen Grundsätze, die wir für den Vorvertrag entwickeln, können auf ihn keine Anwendung finden. Während z. B. die Ansprüche aus dem Kaufvertrage in der Regel übertragbar, pfändbar und vererblich sind, ist das beim Vorvertrage, wie wir später sehen werden, nicht der Fall.

Schuldverträge, die auf Herstellung einer dinglichen Rechtsänderung gerichtet sind, stellen somit keine Vorverträge in unserm Sinne dar.

Auf familienrechtlichem Gebiet wird vereinzelt dem Verlöbnis die rechtliche Natur eines Vorvertrages beigelegt.[7]) Die Richtigkeit dieser Auffassung hat zur Voraussetzung, daß einmal das Verlöbnis überhaupt einen vertraglichen Charakter trägt, und daß es weiterhin auch die besonderen Eigenschaften eines Vorvertrages besitzt.

Nur von wenigen wird die Vertragsnatur des Verlöbnisses geleugnet.[8]) Die überwiegende Rechtslehre[9]) sowie die Rechtsprechung[10]) legt

2) So RGRK § 873, 7 c und Staudinger-Riezler Vorb. 8 Abs. 9 zu § 145.
3) Hierauf weist in diesem Zusammenhang besonders Oertmann (§ 125, 6a) hin. Auch er betrachtet das schuldrechtliche Geschäft nicht als Vorvertrag im technischen Sinne.
4) So Staudinger Riezler (Vorb. 8 Abs. 9 zu § 145) und O.L.G. Kiel in Seuff. Arch. Bd. 58 Nr. 93.
5) So Roth, a.a.O, S. 292.
6) Rehbein (S. 208) hält es für wertlos, wenn der Kauf- oder Schenkungsvertrag als Vorvertrag der Auflassung oder Uebergabe bezeichnet wird.
7) Rehbein, S. 208 und Toblas, S. 90. Siehe auch Mitteis, S. 8.
8) Hellmann (a.a.O. S. 217) und Matthiass (a.a.O. § 223 III) betrachten das Verlöbnis als rein tatsächlichen Vorgang; Kohler (S. 39) spricht von einem neutralen Akt bezw. von einem neutralen Verhältnis; H. Lehmann (S. 27) kennzeichnet das Verlöbnis als rein sozialen Vertrag, der keine rechtliche, sondern nur eine sittliche Pflicht zur Eingehung der Ehe erzeuge.
9) Warneyer, § 1297, I, R.G.R.K. § 1297, 1, Staudinger-Engelmann, Vorb. II a zu § 1297; Rosenthal-Freymuth-Kamnitzer Anhang 2 zu § 1297; Sörgel, Vorb. § 1297, Krückmann, S. 643; Goldmann, D. Jur. Zeit. 1901 S. 432 und andere.
10) Siehe die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 61 S. 267 ff, Bd. 80 S. 88, Bd. 98 S. 13 und Warn. Rspr. 1917 Nr. 273,

mit Recht dem Verlöbnis die Natur eines Vertrages bei. Für die Vertragsnatur spricht nicht nur die Entstehungsgeschichte[11]) unseres BGB., sondern vor allem auch die Tatsache, daß das Verlöbnis ein wechselseitig gegebenes und angenommenes Versprechen darstellt, also durch die Abgabe zweier gegenseitiger Willenserklärungen begründet wird.[12]) Engelmann[13]) weist zur Begründung der Vertragsnatur vor allem noch darauf hin, daß bei Richtigkeit der gegenteiligen Ansicht der ersatzberechtigte Verlobte neben den Ansprüchen aus den §§ 1298—1300 BGB. auf Grund desselben Tatbestandes auch Schadensersatz gemäß §§ 823 Abs. 2, 249 BGB. geltend machen könne, was aber zweifellos nicht der Fall sei.

Trotz seines vertraglichen Charakters stellt aber das Verlöbnis einen Vorvertrag in unserm Sinne nicht dar. Es fehlt nämlich an dem mit dem Vorvertrage begrifflich verbundenen Zweck, nämlich der Sicherung des Abschlusses des Hauptvertrages, hier also der Ehe. Die Parteien gehen das Verlöbnis nicht deshalb ein, um die Abgabe der Eheschließungserklärung vor dem Standesbeamten zu sichern, sondern, um den Brautstand zu begründen.[14]) Der Sicherungszweck des Vorvertrages hat die Möglichkeit der Erzwingung seines Vertragsinhalts zur Voraussetzung.[15]) Gerade diese Möglichkeit ist aber beim Verlöbnis durch die Vorschrift des § 1297 Abs. 1 BGB. ausgeschlossen. Die Freiheit der Willensbestimmung bei der Eheschließung soll durch diese Vorschrift gewährleistet werden.[16]) Das Verlöbnis ist deshalb kein Vorvertrag, sondern es stellt einen selbständigen Vertrag eigener Art dar. Ob man es als obligatorischen, familienrechtlichen oder als gemischten Vertrag bezeichnet, ist praktisch ohne Bedeutung.

Der erwähnte Rechtsgedanke des § 1297 BGB. beschränkt sich nicht auf die Eingehung der Ehe, sondern er beherrscht auch die Begründung von Familienverhältnissen jeglicher Art, denn jedes Familienverhältnis trägt in erster Linie einen sittlichen Charakter und darf nicht als Quelle für vermögensrechtliche Vorteile behandelt werden. So würde z. B. eine Vereinbarung, durch die sich jemand verpflichtet, eine Person an

11) Vergl. hierzu die Motive (Bd. IV S. 1 f). Aus ihnen geht hervor, daß die meisten früheren Rechte dem Verlöbnis den Charakter eines Vertrages beigelegt haben, so u.a. das kanonische Recht, die gemeinrechtliche Praxis, das Preuß. Allgem. Landrecht und eine Anzahl sonstiger Partikularrechte.
Vergl. auch die Protokolle, (Bd. IV S. 2) wo dargelegt ist, daß die Mehrheit der Kommission den vertraglichen Charakter des Verlöbnisses bejahe.
12) Hierauf weist besonders das Reichsgericht hin (Bd. 61 S. 271).
13) Vorb. II vor § 1297.
14) So Roth, S. 293.
15) Vergl. hierzu besonders die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 130, S. 74, wo dieses Merkmal ausdrücklich hervorgehoben wird.
16) Siehe die Motive, Bd. IV, S. 3.

Kindesstatt anzunehmen oder einen derartigen Vertrag aufzuheben, mit Rücksicht auf diesen allgemeinen Grundsatz des Familienrechts nichtig sein.[17]) Insoweit ist also das Gebiet des Familienrechts als Anwendungsgebiet des Vorvertrages auszuscheiden.

Handelt es sich dagegen um familienrechtliche Verträge mit rein vermögensrechtlichen Wirkungen, so bestehen gegen den Abschluß eines Vorvertrages keine Bedenken. Aus der Rechtsprechung sei z. B. die Verpflichtung zum Abschluß eines ehelichen Gütertrennungsvertrages erwähnt, die mit Recht unter den Begriff des Vorvertrages gebracht worden ist.[18])

Das Erbrecht wird von einem ähnlichen Grundsatz beherrscht. Nach § 2302 BGB. ist ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, nichtig. Die Freiheit in der Errichtung und Aufhebung von Verfügungen von Todeswegen soll durch diese Vorschrift geschützt werden. Eine Verpflichtung zum Abschluß eines Erbvertrages würde aus diesem Grunde nichtig sein. Auch das Gebiet des Erbrechts muß also, soweit es sich um die Errichtung oder Aufhebung von Verfügungen von Todeswegen handelt, als Anwendungsgebiet des Vorvertrages ausscheiden.

17] Vergl. Staudinger-Engelmann, § 1741, 2, a und Planck Strohal, § 1741, 5.
18] Entsch. des Reichsgerichts in Bd. 68 S. 322.

Zweiter Teil: Der Vorvertrag in seiner Anwendung zu Konsensualverträgen.

§ 4.

Übersicht über die Streitliteratur.

Ueber die Daseinsmöglichkeit und Daseinsberechtigung des Vorvertrages zu Konsensualverträgen bestehen noch heute erhebliche Meinungsverschiedenheiten.

Die Einwendungen, die in dieser Beziehung gegen den Vorvertrag geltend gemacht worden sind, gehen von zwei verschiedenen Gesichtspunkten aus. In erster Linie wird die logische Möglichkeit bestritten. Es wird behauptet, der Wille der Parteien gehe von vorneherein auf die Erfüllung des Hauptvertrages. Er sei z.B. bei einem Vorvertrag zum Kauf in seinem Endzweck direkt auf die Uebertragung des Kaufgegenstandes und auf Zahlung des Kaufpreises gerichtet. Aus diesem Grunde stelle der vermeintliche Vorvertrag stets schon den fertigen Hauptvertrag, und zwar mit aufgeschobener Erfüllung, dar, zumal ja auch an den Vorvertrag in Bezug auf seinen Inhalt und seine Form dieselben Anforderungen wie an den Hauptvertrag zu stellen seien. Der Vorvertrag falle also logisch mit dem Hauptvertrage zusammen.[1]) Von diesen Angriffen gegen die logische Möglichkeit des Vorvertrages wird jedoch der einseitige Vorvertrag nicht betroffen, denn hier bindet sich nur der eine Teil, während der andere freie Entschlußmöglichkeit behält. Von einem fertigen Hauptvertrage kann also hier noch nicht gesprochen werden, selbst dann nicht, wenn die Parteien über alle Einzelheiten des zukünftigen Vertrages bereits einig sind.[2])

In zweiter Linie wird die Zweckmäßigkeit des Vorvertrages im praktischen Leben in Abrede gestellt. Ein praktisches Bedürfnis für den Vorvertrag, so wird behauptet, liege in keiner Weise vor, da der Zweck, dem er dienen solle, sich auch auf andere Weise erreichen lasse. Diese Angriffe treffen in gleicher Weise sowohl den einseitigen, wie auch den zweiseitigen Vorvertrag. Als Ersatz für den ersteren werden die einsei-

1] Vergl. z.B. Storch, S. 60 und 61, Geller, S. 61, Rehbein, S. 207 und Schloßmann S. 4 ff.

2] Von verschiedenen wird der einseitige Vorvertrag anerkannt, während der zweiseitige abgelehnt wird. Siehe z.B. Stintzing S. 62. Schapp S. 13 und Staudinger-Riezler, Vorb. 8. Abs. 4 vor § 145.

tig bindende Offerte sowie der bedingte Vertrag genannt. Es wird geltend gemacht, die Wirkungen des einseitigen Vorvertrages seien in gleicher Weise durch diese genannten Institute zu erreichen. Hinter ihnen müsse der einseitige Vorvertrag zurückstehen. Er sei deshalb überflüssig.[3]) Beim zweiseitigen Vorvertrag dagegen seien die Parteien stets zum sofortigen Abschluß des Hauptvertrages in der Lage, was allein schon die Zwecklosigkeit des Vorvertrages begründe.[4]) Es komme noch hinzu, daß die Verwirklichung des endgültigen Rechtserfolges von der Anstrengung zweier Klagen abhängig und deshalb unzweckmäßig und zeitraubend sei.[5])

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung soll sein, ob und inwieweit diese Angriffe gegen den Vorvertrag gerechtfertigt sind. Dabei ist der einseitige vom zweiseitigen Vorvertrag zu trennen, mit Rücksicht einmal auf den verschiedenartigen Zweck dieser beiden Vorvertragstypen, des weiteren aber auch mit Rücksicht auf die zum Teil voneinander abweichenden Einwendungen, die gegen jede dieser beiden Arten des Vorvertrages erhoben werden.

Bei der Behandlung des einseitigen Vorvertrages soll neben der einseitig bindenden Offerte und dem bedingten Vertrage noch einem dritten Institut, nämlich dem Optionsvertrage, der freilich in der Rechtslehre in diesem Zusammenhang weniger genannt wird, Beachtung geschenkt werden, dann auch hier sind Einwendungen derselben Art, wie sie in Bezug auf die Offerte und den bedingten Vertrag geltend gemacht werden, zu befürchten.

§ 5

Der einseitige Vorvertrag im besonderen.

Die Beantwortung der Frage, ob die Offerte, der bedingte Vertrag oder die Option einen vollen Ersatz für den einseitigen Vorvertrag bieten, setzt zweierlei voraus: einmal die Klarstellung des begrifflichen Unterschiedes dieser Rechtsinstitute, dann weiter die Erforschung des Zwecks, der die Parteien gerade zur Wahl des einen oder des andern dieser Institute veranlaßt hat.

3] Schloßmann, S. 8 und Geller, S. 63.
4] von Thur z.B. bezeichnet den Vorvertrag zu Konsensualverträgen als überflüssigen Umweg, [vergl. a.a.O. § 62).
5] Schloßmann, S 11.

I.

Der begriffliche Unterschied des einseitigen Vorvertrages von der einseitig bindenden Offerte, der Option und dem bedingten Vertrage.

Die Offerte ist der einseitige Antrag einer Partei an die andere, mit ihr einen Vertrag einzugehen.[1]) Sie ist bereits Vertragserklärung, stellt also einen Teil des endgültigen Vertrages dar. Um rechtsverbindliche Kraft zu haben, muß der Antrag deshalb inhaltlich so bestimmt sein, daß durch die bloße Annahme durch den Antragsgegner die Einigung über den ganzen Vertrag erreicht werden kann. Dazu gehört grundsätzlich auch die Bestimmtheit der Person des Antragsgegners. Jedoch ist ein Antrag, der sich an einen unbestimmten Personenkreis, d. h. an jeden, der annehmen will, richtet, dann wirksam, wenn er mit dem Willen abgegeben worden ist, daß mit der Annahme durch einen Beliebigen, der in der bezeichneten Weise abschließen will, der Vertrag zustandekommen soll.[2]) In der öffentlichen Aufstellung eines Automaten liegt ein Angebot zum Abschluß von Käufen oder andern Verträgen; in der Aufstellung eines Fahrkartenautomaten z. B. ist ein Antrag zum Abschluß eines Beförderungsvertrages zu erblicken.[3]) Durch die Annahme eines solchen Antrages wird die Person des Vertragsgegners bestimmt. Der Vertrag kommt also stets mit einer bestimmten Person zustande.[4]) Der rechtswirksame Antrag erzeugt auf der einen Seite eine Gebundenheit des Antragenden. Diese äußert sich darin, daß der Antragende seinen Antrag nicht widerrufen kann. Er hat also während der Gebundenheit keinen Einfluß auf das Zustandekommen des Vertrages, sondern braucht nur eine bestimmte Zeit[4a]) auf die Annahme des Antrages durch den Antragsgegner zu warten. Auf der andern Seite wird durch den Antrag das Recht begründet, lediglich durch einseitige Erklärung den Vertrag zustandezubringen, ohne daß es dazu noch irgendeiner Handlung oder Erklärung des Antragenden bedarf.[5]) Dieses Recht des Antraggegners ist kein Forderungsrecht, sondern es stellt ein Gestaltungsrecht dar,[6]) durch dessen Ausübung der Antragsgegner ohne weiteres einen Anspruch auf die ihm vom Antragenden angebotene Leistung erlangt.

1] Enneccerus-Nipperdey, § 152, I.
2] Staudinger-Riezler, § 145, 3, a.
3] Oertmann, § 145, 2 e bb.
4] Staudinger-Riezler, § 145, 3 a.
4a] Nach § 147 BGB kann der einem Anwesenden gemachte Antrag nur sofort, und der einem Abwesenden gemachte nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Hat dagegen der Antragende für die Annahme des Antrages eine Frist bestimmt, so kann nach § 148 BGB die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen.

Vergleicht man diese Merkmale der einseitig bindenden Offerte mit dem einseitigen Vorvertrage, so wird ein weitgehender Unterschied erkennbar. Der einseitige Vorvertrag ist ein neben dem Hauptvertrage stehender, fertiger Vertrag. Daraus folgt, daß die Wirksamkeit des Vorvertrages die Bestimmtheit der Vertragsparteien voraussetzt. Die Vorvertragsverpflichtung kann nicht, wie das bei dem Vertragsantrage möglich ist, einer noch unbestimmten Person gegenüber eingegangen werden. Das Wesen des Vertrages liegt ja in dem einheitlichen Vertragswillen, der Einigung, die aber nur unter bestimmten Personen rechtlich möglich ist. Während die Offerte bereits eine Vertragserklärung darstellt, wird durch den Vorvertrag lediglich eine Verpflichtung zur Mitwirkung beim Abschluß eines Vertrages begründet. Dieser Verpflichtung steht auf der andern Seite das Recht gegenüber, die Mitwirkung des Gegners beim Abschluß des Vertrages zu verlangen. Es handelt sich hier also nicht, wie beim Vertragsantrage, um die Einräumung eines Gestaltungsrechts, sondern um die Begründung eines obligatorischen Forderungsrechts. Der Hauptvertrag kommt demzufolge durch die bloße Erklärung des Vorvertragsberechtigten noch nicht zustande, es ist vielmehr erforderlich, daß auch der Vorvertragsverpflichtete seinerseits die Erklärung abgibt, den Hauptvertrag eingehen zu wollen. Erst die übereinstimmende Vertragserklärung beider Parteien des Vorvertrages bringt die Ansprüche des Hauptvertrages zur Entstehung. Daß durch den Vertragsantrag begründete Gestaltungsrecht des Antragsgegners geht also weiter als das Forderungsrecht des Berechtigten aus dem Vorvertrage.

Eine gewisse Aehnlichkeit mit der bindenden Offerte weist die Option auf. Man versteht darunter eine Vereinbarung, durch die einer Partei das Recht eingeräumt ist, durch einseitige Erklärung ein bestimmt verabredetes Schuldverhältnis zustandezubringen. Im täglichen Leben sind derartige Vereinbarungen häufig als Inhalt eines Mietvertrages anzutreffen. Es handelt sich dabei um ein dem Mieter eingeräumtes Recht, durch eine, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt abzugebende Erklärung eine Verlängerung des an sich ablaufenden Mietverhältnisses herbeiführen zu können.[7] Auch das Ankaufsrecht, d. h. das Recht, einen Gegenstand, insbesondere ein Grundstück, innerhalb einer bestimmten Zeit zu einem bestimmten Preise erwerben zu können, fällt unter den Begriff der Option.[8] Es wird also auch durch die Option kein Forderungsrecht begründet, wie beim einseitigen Vorvertrage, sondern es

5] Enneccerus-Nipperdey, § 152, II und R.G. Bd. 96, S. 102.
6] Siehe hierzu besonders Staudinger-Riezler, § 145, 5.
7] Siehe die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 99, S. 154 u. Bd. 103, S. 349.
8] Staudinger-Kober, § 433, I, 1, m und Vorb. III vor § 497.

handelt sich auch hier um die Einräumung eines besonders gearteten Gestaltungsrechts,[9]) kraft dessen der Berechtigte durch einseitige Erklärung das Vertragsverhältnis zur Entstehung bringen kann.

Zwischen dem aufschiebend bedingten Vertrage und dem einseitigen Vorvertrage bestehen ebenfalls erhebliche Unterschiede. Der erstere ist ein in seinem vollen Umfange bereits fertiger Vertrag, dessen Wirkungen aber erst eintreten sollen mit der Erklärung der einen Partei, daß sie den Vertrag wolle oder billige. Die rechtliche Wirksamkeit einer solchen Wollensbedingung überhaupt ist nicht zu bezweifeln. Sie ergibt sich insbesondere daraus, daß der Kauf auf Probe, bei dem die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers steht, in § 495 Abs. 1 BGB. ausdrücklich als bedingter Kauf bezeichnet ist. Unter dem zur Bedingung erhobenen Wollen oder Billigen ist jedoch nicht der rein innerliche Wille zu verstehen, sondern die nach außen kundgegebene Erklärung dieses Willens, denn der Wille als innerer Vorgang findet in der Rechtsordnung keine Beachtung.[10]) Die rechtliche Natur der Bedingung setzt weiterhin voraus, daß der bedingt Verpflichtete eine Frist gesetzt hat, innerhalb deren der Berechtigte die Billigungserklärung abgeben muß. Ist eine solche Fristsetzung beim Abschluß des bedingten Vertrages nicht erfolgt, so wird man dem Verpflichteten das Recht zubilligen müssen, dem Berechtigten noch nachträglich eine Frist zur Erklärung bestimmen zu können.[11]) Wenn es auch in der Natur der Bedingung liegt, daß eine Ungewißheit über den Eintritt oder den Nichteintritt des zukünftigen Ereignisses besteht, so muß doch bereits feststehen, ob sich die Bedingung überhaupt einmal entscheiden wird.[12]) Ein Anspruch auf Erfüllung auf der einen und eine Verpflichtung zur Leistung auf der andern Seite bestehen während des Schwebezustandes beim bedingten Vertrage noch nicht. Es erlangt aber der bedingt Berechtigte bereits mit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine rechtlich geschützte Stellung, ein Anwartschaftsrecht.[13]) Dieses Recht äußert sich einmal darin, daß der bedingt Verpflichtete nach § 160 BGB. gehalten ist, jede schuldhafte Vereitelung oder Beeinträchtigung des von der Bedingung abhängigen Rechts bei Vermeidung der Verpflichtung zum Schadenersatz zu unterlassen. Es kommt ferner dadurch zum Ausdruck,

9] Siehe Oertmann, § 154, 1 und Alzen, S. 18.
10] Vergl. Planck, § 158, 8 und Staudinger-Riezler, Vorb. 7, c vor § 158
11] Vergl. hierzu besonders die Bestimmung des § 496 BGB, wonach beim Kauf auf Probe der Verkäufer das Recht hat, dem Käufer eine angemessene Frist zu setzen.
12] So besonders Stintzing, [S. 27] der darauf hinweist, daß bei der gegenteiligen Ansicht jede Rechtswirkung, die sich an eine bestimmte Tatsache knüpfe, stets schon bedingt vorhanden sei, falls diese Tatsache irgendeinmal eintreten könne
13] So z.B. Staudinger-Riezler, § 161, 1.

daß bei einer aufschiebend bedingten Verfügung jede weitere Verfügung des bedingt Verpflichteten über den betreffenden Gegenstand nach § 161 BGB. insoweit unwirksam ist, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde.[14]) Es besteht also während der Schwebezeit eine gewisse dingliche Gebundenheit des Verpflichteten.[15]) Mit dem Eintritt der Bedingung, bei der Wollensbedingung also mit der Billigungserklärung, treten die vollen Wirkungen des Vertrages ein. Ebenso wie bei der bindenden Offerte und der Option, so liegt es auch hier allein in der Macht des Berechtigten, durch einseitige Erklärung, ohne jegliches Zutun des Verpflichteten, die endgültigen Vertragsverpflichtungen zur Entstehung zu bringen.

Auch der einseitige Vorvertrag erzeugt eine Gebundenheit. Sie besteht darin, daß der Vorvertragsverpflichtete sich jeder rechtlichen oder tatsächlichen Verfügung über den Leistungsgegenstand des zukünftigen Hauptvertrages zu enthalten hat.[16]) Diese Verpflichtung des Schuldners aus dem Vorvertrage trägt denselben Charakter wie die des bedingt Verpflichteten gemäß § 160 BGB. Sie beruht aber nicht, wie jene, auf gesetzlicher Grundlage,[17]) sondern sie ist der Ausfluß einer obligatorischen Vereinbarung. Verletzt der Schuldner diese Pflicht, so hat er, ebenso wie der durch einen bedingten Vertrag Verpflichtete, Schadenersatz zu leisten.[18])

Der wesentlichste Unterschied zwischen dem bedingten Vertrage und dem einseitigen Vorvertrage besteht jedoch darin, daß jener bereits das endgültige Rechtsgeschäft mit aufgeschobener Wirkung darstellt, der Vorvertrag dagegen nur eine Verpflichtung zum Abschluß dieses endgültigen Vertrages begründet. Diese Vorvertragsverpflichtung kann im Gegensatz zu dem durch die Offerte und den bedingten Vertrag begründeten Gestaltungsrecht des Gläubigers grundsätzlich nicht dadurch beseitigt werden, daß der Vorvertragsverpflichtete dem Berechtigten eine Frist setzt und ihn auffordert, innerhalb derselben zu erklären, ob er den Vertragsschluß wolle oder nicht, denn es handelt sich um einen obligatorischen Anspruch des Berechtigten im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB., der nur durch die Einrede der Verjährung entkräftet werden kann.[19]) Anders ist jedoch die Rechtslage, wenn die Parteien beim Abschluß des

14] Die Vorschriften zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden jedoch nach § 161 Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung.
15] So Planck-Strohal, § 161, 1 und Staudinger-Riezler, § 161, 1.
16] Vergl. hierzu im einzelnen unten § 7, 1.
17] Siehe Oertmann, § 160, 2.
18] Ueber die Voraussetzungen und den Inhalt der Schadensersatzpflicht siehe unten § 7, I.
19] Ueber die Verjährung des Anspruchs aus dem Vorvertrage im einzelnen vergl. § 7, III.

Vorvertrages eine zeitliche Begrenzung des Anspruchs vereinbart haben. In vielen Fällen wird man aus dem Gesamtinhalt und dem Zweck des Vorvertrages eine solche Vereinbarung entnehmen müssen. Wenn z. B. A, der die Absicht hat, ein Wohnhaus zu bauen, sich einseitig dem B gegenüber verpflichtet, mit ihm demnächst einen Mietvertrag über dieses Wohnhaus einzugehen, so ist aus dem Zweck eines solchen Vertrages eine stillschweigende Parteivereinbarung dahingehend anzunehmen, daß B sich alsbald nach der Fertigstellung des Wohnhauses darüber schlüssig werden muß, ob er den Mietvertrag eingehen will oder nicht. Setzt nunmehr A dem B eine angemessene Frist zur Erklärung, so wird nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist der Anspruch des B erlöschen.

II.

Der Zweck des einseitigen Vorvertrages im Gegensatz zur einseitig bindenden Offerte, zur Option und zum bedingten Vertrage.

Mit der Klarlegung der Unterscheidungsmerkmale allein ist aber nichts gewonnen. Um den Nachweis der Daseinsberechtigung des einseitigen Vorvertrages neben den genannten drei Instituten zu erbringen, ist der Zweck zu erforschen, der die Parteien gerade zur Wahl des einen oder des andern dieser Institute veranlaßt hat. Ist dieser Zweck beim einseitigen Vorvertrage verschieden von dem, den die Parteien bei der Offerte, dem bedingten Vertrag oder der Option im Auge haben, und läßt sich dieser Zweck überhaupt nur oder doch am einfachsten und sichersten, durch den einseitigen Vorvertrag erreichen, dann muß das zur Anerkennung des Vorvertrages führen.

Der Grund, der zur Abgabe einer bindenden Offerte, sowie zum Abschluß eines bedingten Vertrages führt, liegt durchweg in der Absicht, die durch die Offerte oder den bedingten Vertrag hervorgerufene Gewinnchance zu verwirklichen. Offerte und bedingter Vertrag entstehen somit im Interesse des Offerenten oder des bedingt Belasteten. Diese erwarten, daß die andere Partei den Antrag annehmen oder die Bedingungen erfüllen werde, und daß damit der mit dem Vertragsschluß entstehende Gewinn eintreten werde. Die Hoffnung auf das Zustandekommen des Vertrages ist also der letzte Grund, den die Parteien mit der bindenden Offerte sowie dem bedingten Vertrage verfolgen. Für den Abschluß eines Optionsvertrages sind dieselben Beweggründe maßgebend. Hier treten sie noch deutlicher in die Erscheinung. Wenn ein Vermieter dem Mie-

ter das Recht einräumt, eigenmächtig durch Erklärung das Mietverhältnis zu verlängern, so kann das nur darin seinen Grund haben, daß der Vermieter selbst ein Interesse an der Verlängerung des Mietvertrages hat. Eine derartig weitgehende Bindung des Vermieters wäre sonst nicht zu verstehen.

Wenn also eine Partei das Ziel verfolgt, einen Vertrag zu schließen, um dadurch einen Vorteil oder einen Verdienst zu erlangen, und wenn die Partei bereit ist, sich lediglich im Hinblick auf den zu erwartenden Gewinn einseitig zu binden, dann ist die Abgabe einer Offerte oder der Abschluß eines bedingten Vertrages oder eines Optionsvertrages zweckmäßig und deshalb vorzuziehen.

Der Zweck dagegen, der mit dem Abschluß eines einseitigen Vorvertrages erreicht werden soll, ist ein anderer. Hier tritt das eigene Interesse des Vorvertragsverpflichteten an dem Zustandekommen des Vertrages in den Hintergrund. Das Opfer, welches der Vorvertragsverpflichtete bringt, ist viel erheblicher als das des Offerenten oder des durch einen bedingten Vertrag oder eine Option Verpflichteten. Je länger die Gebundenheit besteht, desto mehr ist die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verpflichteten eingeschränkt, denn desto eher muß er damit rechnen, günstigere Vertragsangebote ausschlagen zu müssen.[20]) Der einseitige Vorvertrag entsteht deshalb durchweg im Interesse des aus ihm Berechtigten. Das ist vor allem dann der Fall, wenn sich jemand zum Abschluß eines Hauptvertrages verpflichtet, durch den der Berechtigte besondere Vorteile erlangt. Unter solchen Voraussetzungen stellt der Abschluß des Hauptvertrages gewissermaßen eine Leistung des Vorvertragsverpflichteten an den Berechtigten dar.[21]) Man denke an folgende Beispiele: „A verpflichtet sich dem B gegenüber, ihm demnächst ein Pferd im Werte von 500 ℳ für 400 ℳ zu verkaufen." „A verpflichtet sich, den Tischlermeister B mit der Herstellung einer Wohnungseinrichtung zu beauftragen, also einen Werkvertrag mit ihm zu schließen." Oder: „Ein Hauseigentümer, der die Absicht hat, später sein Haus zu verkaufen, verpflichtet sich, den Mäkler M mit der Vermittlung zu beauftragen, also einen Mäklervertrag mit ihm zu schließen." Durch den späteren Abschluß dieser Verträge wird nicht nur die Grundlage für einen Vermögensaustausch gelegt, sondern diese Verträge enthalten, wie ohne weiteres zu erkennen ist, für den Berechtigten mit Rücksicht darauf, daß er durch sie eine günstige Arbeits- oder Verdienstmöglichkeit erlangt, einen erheblichen Vorteil. Gerade der Berechtigte hat deshalb ein beson-

20] Vergl. hierzu Stintzing, S. 28.
21] So auch Schapp, S. 21.

deres Interesse an dem Zustandekommen derartiger Verträge. Man wird aber nicht annehmen können, daß A sich ohne jeglichen Grund einseitig zu einer solchen Leistung verpflichtet. Die Hoffnung auf das Zustandekommen des Hauptvertrages allein kann der Grund nicht sein. Wenn überhaupt mit dem Abschluß eines solchen Vertrages für ihn ein Verdienst verbunden ist, so ist es doch im Verhältnis zu der Verpflichtung, die er übernommen hat, während der Zeit der Gebundenheit günstigere Angebote ausschlagen zu müssen, äußerst gering. Die tatsächlichen Verhältnisse werden vielmehr so liegen, daß die Leistung des Vorvertragsverpflichteten sich als ein Aequivalent darstellt für eine anderweitige, außerhalb des Vorvertrages liegende Verpflichtung, die der Berechtigte seinerseits dem Vorvertragsverpflichteten gegenüber übernommen hat. Der Berechtigte hat sich z. B. zur Hingabe eines Darlehns verpflichtet. Als Gegenleistung hierfür will sich der Empfänger des Darlehnsversprechens zum Abschluß eines dem andern Teil günstigen Vertrages verpflichten. Er will aber nur eine Verpflichtung eingehen und nicht die Leistung selbst schon vollbringen, denn der Darlehnsversprecher hat sich ja auch nur verpflichtet, er hat das Darlehn selbst noch nicht gezahlt. Eine derartige Verpflichtung ist aber nur durch den Abschluß eines einseitigen Vorvertrages möglich, denn einseitig bindende Offerte, bedingter Vertrag, sowie auch die Option würden bereits das Vollbringen der Leistung, also den Vertragsschluß, darstellen.[22]) Man darf sich also den einseitigen Vorvertrag, wie er im praktischen Leben vorkommt, nicht als selbständiges, für sich bestehendes Rechtsgeschäft vorstellen, sondern er tritt in die Erscheinung als Teil eines umfassenderen Rechtsverhältnisses. Leistungsgegenstand eines solchen Rechtsverhältnisses ist demnach auf der einen Seite die Verpflichtung zum Vertragsschluß; dieser Verpflichtung steht auf der andern Seite eine anderweitige Verpflichtung des andern Vertragskontrahenten, z. B. die Verpflichtung zur Hingabe eines Darlehns, gegenüber.

Von diesem Gesichtspunkt aus gesehen, erscheint der einseitige Vorvertrag zweckmäßig und notwendig.

§ 6.
Der zweiseitige Vorvertrag.

I.
Allgemeines.

Die Angriffe gegen den zweiseitigen Vorvertrag richten sich in gleicher Weise sowohl gegen die logische Möglichkeit wie auch gegen die

22) Das wird insbesondere auch von Schapp (S. 21) hervorgehoben.

Zweckmäßigkeit. Sie erscheinen auf den ersten Blick begründet, und zwar deshalb, weil als Tatbestand des zweiseitigen Vorvertrages durchwegs die einfache Verabredung zu Grunde gelegt wird, etwas zu verkaufen, zu kaufen, zu mieten usw. Man denke z. B. an folgenden Fall: Der Landwirt A und der Händler B treffen eine Vereinbarung, wonach A sich verpflichtet, dem B nach beendeter Ernte ein Pferd für 300 ℳ zu verkaufen, und B sich bereit erklärt, das Pferd für den vereinbarten Preis zu erwerben. Bei wortgetreuer Auslegung dieser Parteierklärungen wird man leicht dazu gelangen, das Vorliegen eines Vorvertrages zu bejahen. Und doch liegt in solchen Fällen bereits der fertige Hauptvertrag vor. Die Parteien haben nämlich an den Abschluß eines Vorvertrages garnicht gedacht. Der innere Wille ist in solchen Fällen regelmäßig auf den wirtschaftlichen Erfolg, also auf die Uebergabe des Pferdes und die Zahlung des Kaufpreises gerichtet. Daß die Parteien den Ausdruck: „Ich verpflichte mich, zu verkaufen," gewählt haben, wird, wie Roth zutreffend bemerkt,[1]) vielfach damit zusammenhängen, daß im Verkehrsleben mit den Worten „Kaufen und Verkaufen" oft nur das unmittelbare Weggeben, also der Handkauf, bezeichnet wird. Wird jedoch die Erfüllung hinausgeschoben, dann reden die Parteien von „sich verpflichten". In Wirklichkeit wollen sie sich aber nicht verpflichten, den Kaufvertrag erst später abzuschließen, sondern die Kaufsache später zu übergeben und den Kaufpreis später zu zahlen. Der Kaufvertrag selbst soll bereits jetzt abgeschlossen werden. Es ist also verfehlt, derartige Parteierklärungen lediglich auf Grund wortgetreuer Auslegung unter den Begriff des Vorvertrages zu bringen. Crome[2]) führt in diesem Zusammenhang die Bestimmung des Code civil français, art. 1589: „La promesse de vente vaut vente" an mit dem Hinweis, daß dieser internationale Satz auch auf andere Vorträge anzuwenden sei. Wenn sich also, wie vorliegend dargelegt, ein bestimmter Sprachgebrauch für eine gewisse Art von Verträgen eingebürgert hat, dann ist der wirkliche Sinn dieses Sprachgebrauchs maßgebend und nicht eine künstliche theoretische Auslegung.[3]) In Verfolg dieses Grundsatzes muß man aber dazu kommen, Parteivereinbarungen, wie „ich verpflichte mich, in sechs Wochen zu kaufen oder zu verkaufen" grundsätzlich nicht als Vorverträge, sondern als fertige Kaufverträge mit aufgeschobener Erfüllung zu betrachten.

Damit ist aber die logische Unmöglichkeit und Zwecklosigkeit des Vorvertrages lediglich für eine bestimmte Kategorie, nicht aber im allgemeinen dargetan, denn dazu wäre der Nachweis erforderlich, daß der

1) Vergl. S. 13[1].
2) Vergl. a.a.O. § 211, Note 21.
3) So auch Roth, S. 135.

Vorvertrag stets mit dem Hauptvertrag zusammenfällt. Es ist jedoch schon hier erkennbar, daß der Vorvertrag eine Bedeutung nur in solchen Fällen hat, wo die Parteien aus bestimmten Beweggründen den endgültigen Vertrag noch nicht schließen wollen, oder aber, wo der Abschluß dieses endgültigen Vertrages aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen noch nicht möglich ist. Nur besonders geartete Tatbestände können also zur Anerkennung des zweiseitigen Vorvertrages führen.

II.

Die verschiedenen Tatbestände des zweiseitigen Vorvertrages.

1.
Der inhaltlich nicht völlig bestimmte Vorvertrag.

Eine Anzahl von Befürwortern des zweiseitigen Vorvertrages hält einen solchen besonderen Tatbestand dann für gegeben, wenn sich die Parteien noch nicht über sämtliche Punkte des künftig zu schließenden Vertrages einig sind und aus diesem Grunde zunächst zum Abschluß eines Vorvertrages greifen, worin sie in großen Zügen die später zu übernehmenden Verpflichtungen darlegen. Sie gehen dabei von der Erwägung aus, der Vorvertrag brauche nicht alle Einzelheiten in der Vollständigkeit zu enthalten, wie man es vom Hauptvertrage verlangen müsse, es genüge vielmehr in dem Vorvertrage die Angabe der wesentlichen Erfordernisse des Hauptvertrages insoweit, als dies notwendig sei, um erforderlichenfalls über den Inhalt des beabsichtigten Hauptvertrages Bestimmung treffen zu können.[4] Wenn diese Erwägungen richtig sind, wenn also an den Hauptvertrag bezüglich seines Inhalts höhere Anforderungen gestellt werden müssen, als an den Vorvertrag, dann ist damit die logische Möglichkeit eines Vorvertrages bei derartigen Tatbeständen nachgewiesen, denn die Parteien wären zum Abschluß eines Hauptvertrages mangels Einigung über sämtliche Punkte noch nicht in der Lage, andererseits stünde aber dem Abschluß eines Vorvertrages nichts im Wege, eben weil bezüglich seines Inhalts weniger verlangt wird als für den Hauptvertrag. Diese Erwägungen sind aber nicht richtig. Zutreffend ist allerdings, daß die durch einen Vertrag übernommenen Leistungen nicht genau bestimmt zu sein brauchen, sondern daß es genügt, wenn diese sich auf irgendeine Weise indirekt bestimmen lassen. Erforderlich ist aber, daß in dem Vertrage ein Weg angegeben ist, auf dem die Unbestimmtheit behoben werden soll.[5] Zumindestens muß sich dieser Weg,

4) z. B. Traut, S. 37 und Schmitz S. 5.
5) Enneccerus-Lehmann, § 5, erster Absatz

wenn er nicht ausdrücklich bestimmt ist, aus den gesamten Umständen als stillschweigende Parteivereinbarung ergeben. Dieser allgemeine Vertragsgrundsatz gilt auch für den Vorvertrag. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß der Vorvertrag ein Vertrag eigener Art ist, der sich von andern Verträgen durch seinen besonders gearteten Leistungsinhalt unterscheidet. Um dieser Besonderheit des Vorvertrages Rechnung zu tragen, wird nun behauptet, aus dem Inhalt des Vorvertrages brauche sich lediglich der Inhalt des Hauptvertrages bestimmen zu lassen.[6]) Dieser Satz ist richtig, man darf nur nicht vergessen, aus ihm die notwendige Folgerung zu ziehen. Worin besteht denn der Inhalt des Hauptvertrages? Doch nur in der Bestimmung oder Bestimmbarkeit seines Leistungsgegenstandes, beim Kaufvertrag z. B. in dem Kaufgegenstand auf der einen und dem Kaufpreise auf der andern Seite. Folgerichtig muß also aus dem Inhalt des Vorvertrages die Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Leistungsgegenstandes des Hauptvertrages hervorgehen. Damit kommt man aber zu dem Ergebnis, daß an den Vorvertrag bezüglich seines Inhalts dieselben Anforderungen zu stellen sind, wie an den Hauptvertrag, [7]) denn wenn die Bestimmbarkeit der Leistungen des Hauptvertrages feststeht, ist auch der Abschluß des Hauptvertrages möglich.

Diese Möglichkeit des sofortigen Abschlusses des Hauptvertrages begründet aber die logische Unmöglichkeit des Vorvertrages allein noch nicht. Es muß vielmehr der weitere Nachweis hinzukommen, daß der Vorvertrag bereits immer der fertige Hauptvertrag ist. Diese Frage kann nicht allgemein beantwortet werden. Es ist vielmehr in jedem Einzelfall darauf abzustellen, ob der Parteiwille lediglich auf Abschluß eines Vorvertrages ging, oder ob die Parteien nicht doch schon die unmittelbaren Rechtsfolgen des Hauptvertrages begründen wollten. Für die Auslegung der Parteivereinbarungen kann nicht der bloße Wortlaut, wie z. B. der Ausdruck „Vorvertrag" oder „ich verpflichte mich" maßgebend sein, sondern es kommt auf die Gründe an, die die Parteien veranlaßt haben, gerade d i e s e Bezeichnung zu wählen, also einen Vorvertrag abzuschließen. [8]) Lassen diese Gründe eindeutig erkennen, daß den Parteien daran gelegen war, den Abschluß des Hauptvertrages in die Zukunft

---

6) Traut, a.a O. S. 37.

7) Vergl. zu dieser Frage die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Es stellt an den Inhalt des Vorvertrages dieselben Anforderungen wie an den Hauptvertrag. In Bd. 66 S. 121 z.B. ist dargelegt, daß der Vorvertrag inhaltlich den Bestimmungen genügen müsse, die für den eigentlichen Vertrag gelten. In Bd. 124 S. 84 handelt es sich um einen Vertrag, bei dem der Kaufpreis im ungewissen gelassen ist. Hierzu wird erwähnt: „Wesentliche Voraussetzungen für das Zustandekommen des Kaufvertrages, und folgeweise des entsprechenden Vorvertrages, sind die Einigung der Parteien über den Kaufpreis usw. . . ."

8) Das Reichsgericht nimmt im Zweifel den unmittelbaren Abschluß des Hauptvertrages an. Vergl. Bd. 86, S. 31 und 32.

bis zur Möglichkeit fester Bestimmungen zu verlegen, dann müssen die getroffenen Vereinbarungen auch als Vorvertrag gemäß dem Willen der Parteien ausgelegt werden. Von einer Identität mit dem Hauptvertrage kann in solchen Fällen nicht gesprochen werden, denn die Parteien wollen ja gerade den Hauptvertrag erst später schließen. Daß aber derartige Gründe tatsächlich vorkommen, mag an Hand des folgenden Beispiels klargelegt werden: A will ein Wohnhaus bauen. Der Tischlermeister B soll für das Eßzimmer dieses Wohnhauses die Einrichtung herstellen zum Preise von 500 *M*. Gegen den sofortigen Abschluß eines Werkvertrages bestehen keine Bedenken, denn der Werklohn ist fest bestimmt, die Beschaffenheit und Größe der einzelnen Einrichtungsgegenstände ist bestimmbar, sobald das Wohnhaus fertig, also der Raumumfang und die Lage des Eßzimmers bekannt sind. Trotzdem schließen die Parteien aber nicht schon den Werkvertrag selbst, sondern erst einen Vorvertrag hierzu. Der Grund, der die Parteien hierzu veranlaßt hat, liegt darin, daß sie die Einzelheiten der von dem Tischlermeister übernommenen Verpflichtungen alsbald nach Fertigstellung des Wohnhauses noch besonders vertraglich festlegen wollen, um auf diese Weise etwa später auftretende Streitigkeiten zu unterbinden. Man könnte dem allerdings entgegenhalten, daß sich ja bei der Abfassung des Hauptvertrages bereits Streitigkeiten ergeben könnten, und daß in einem solchen Fall demnach der Abschluß des Vorvertrages nichts genützt habe. Diese Möglichkeit ist zwar nicht zu verkennen, sie ist aber gewiß selten, denn es ist eine allbekannte Tatsache, daß Streitigkeiten bezüglich der Auslegung eines Vertrages gewöhnlich erst mit der Erfüllung, also hier mit der Ablieferung der Einrichtung durch den Schreinermeister, auftauchen. Sollten aber trotzdem bereits beim Abschluß des Hauptvertrages Unklarheiten entstehen, so ist hier eine Einigung der Parteien und damit die Beilegung der Streitigkeiten viel leichter möglich, als wenn später bereits die fertige Einrichtung geliefert ist. Insofern hat also der von den Parteien verfolgte Zweck, sämtliche Einzelheiten besonders vertraglich festzulegen, sicherlich seinen guten Grund.

Wenn die Parteien von derartigen Gesichtspunkten ausgegangen sind, dann kann ihre Vereinbarung ihrem Willen gemäß nur als Vorvertrag ausgelegt werden, denn der Wille der Parteien ist jedenfalls dann zu beachten, wenn er von einleuchtenden Gründen getragen wird.

Das Ziel solcher inhaltlich noch nicht völlig bestimmter Vorverträge besteht also darin, den Abschluß eines Hauptvertrages zu sichern, in welchem sämtliche Parteiverpflichtungen in allen Einzelheiten ausdrücklich festgelegt werden sollen. Obgleich die Parteien stets in der Lage sind,

sofort einen Hauptvertrag mit bestimmbarem Inhalt zu schließen, ist der Abschluß eines Vorvertrages, wie das obige Beispiel gezeigt hat, logisch möglich und in vielen Fällen, wenn auch nicht notwendig, so doch zweckmäßig.

2.

Der Vorvertrag auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts als besonderer Anwendungsfall des nicht völlig bestimmten Vorvertrages.

Eine besondere Bedeutung gewinnt der nicht völlig bestimmte Vorvertrag auf dem Gebiete des Gesellschaftsrechts. Er tritt hier in die Erscheinung als Vorgesellschaftsvertrag, durch den sich die Beteiligten verpflichten, demnächst einen Gesellschaftsvertrag einzugehen. Auch der bei der Gründung von Kapitalgesellschaften, vor allem der Aktiengesellschaft, häufig vorkommende sogenannte Vorgründungsvertrag ist als Vorvertrag in unserm Sinne aufzufassen. Er ist nicht zu verwechseln mit der Gründergesellschaft, wie sie die Kapitalgesellschaften in der Zeit zwischen Errichtung und Eintragung darstellen. Diese Gründergesellschaft ist eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts;[9]) sie stellt dasselbe Rechtsgebilde dar wie die spätere eingetragene Gesellschaft, es fehlt ihr lediglich die durch die Eintragung bedingte Rechtsfähigkeit.[10]) Das ergibt sich vor allem daraus, daß die für die werdende Gesellschaft im Zeitabschnitt zwischen Errichtung und Eintragung entstandenen Rechte und Pflichten ohne besondere Uebertragung auf die eingetragene Gesellschaft übergehen.[11]) Der Vorgründungsvertrag trägt dagegen einen anderen Charakter. Er dient erst dazu, die Gründergesellschaft ins Leben zu rufen. Aus ihm können Rechte für die spätere Gesellschaft als solche noch nicht erwachsen,[12]) denn die Errichtung der Gesellschaft ist noch garnicht vollzogen, sie soll durch den Vorgründungsvertrag erst vorbereitet und gesichert werden.

Die Beteiligten sind aus dem Vorgesellschaftsvertrage einander verpflichtet, alles zu tun, was zur Errichtung der Gesellschaft notwendig ist; dazu gehört vor allem die Feststellung des eigentlichen Gesellschaftsvertrages in der gesetzlich vorgeschriebenen Form.[13])

9) So die überwiegende Meinung in der Rechtslehre und auch die Rechtsprechung vergl. z. B. Goldschmit § 183, 4, Geiler in Düringer Hachenburg II, 1, Allgem. Einl. Anm 368 b; die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 85 S. 256, Bd. 87 S 246 und Bd 105 S. 228.
10) Siehe hierzu Geiler a.a.O. Anm. 368 a und R.G. Bd. 82 S. 290.
11) Vergl. vor allem das Reichsgericht in Bd. 82 S. 290.
12) Geiler, a.a.O. Anm. 368 a.
13) Vergl. Goldschmit, § 182, 2 und Roth, S. 166

Die Aufgabe der Sicherung erfüllt der Vorgesellschaftsvertrag dann, wenn die Vertragsbeteiligten über sämtliche Einzelheiten des zukünftigen Gesellschaftsvertrages noch nicht einig sind, trotzdem aber eine sofortige Bindung herbeiführen wollen und deshalb einen Vorgesellschaftsvertrag mit teilweise bestimmbarem Inhalt abschließen. Erst später, wenn sämtliche Vertragspunkte in allen Einzelheiten bestimmt sind, schließen dann die Beteiligten den endgültigen Gesellschaftsvertrag.

Solche Vorgesellschaftsverträge sind bei allen Gesellschaftsformen möglich. In Rechtslehre und Rechtsprechung haben sich bezüglich der Anforderungen, die an den Inhalt dieser Art der Vorverträge zu stellen sind, bestimmte Grundsätze entwickelt.[14]) In erster Linie ist Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit eines Gesellschaftsvorvertrages, daß die Beteiligten darüber einig sind, welche Gesellschaftsform gewählt werden soll. In der Verabredung zur Gründung irgendeiner Gesellschaft, ohne nähere Angabe über die zukünftige Gesellschaftsform, ist ein rechtswirksamer Vorgesellschaftsvertrag nicht zu erblicken, denn die Wahl der Gesellschaftsform bildet eines der wichtigsten Erfordernisse für den endgültigen Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Die Möglichkeit der Ergänzung dieser fehlenden Parteivereinbarung besteht mangels jeglicher Anhaltspunkte nicht.[15]) Im übrigen muß der Vorgesellschaftsvertrag inhaltlich so vollständig sein, daß im Streitfalle der Inhalt des demnächst abzuschließenden Gesellschaftsvertrages aus ihm bestimmbar ist. Haben in dem Vorgesellschaftsvertrage verschiedene Punkte des zukünftigen Gesellschaftsvertrages noch keine bestimmte Regelung gefunden, so muß wenigstens aus ihm hervorgehen, auf welche Weise eine Ergänzung dieses lückenhaften Vertrages erfolgen soll. Ein immer wiederkehrender Grundsatz ist aber, daß aus dem Inhalt des Vorgesellschaftsvertrages die Tragweite der von den Beteiligten einzugehenden Verpflichtungen bereits erkennbar sein muß.[16])

Ein Vorgründungsvertrag zwecks Errichtung einer Aktiengesellschaft, einer Kommanditgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft auf Aktien oder einer G. m. b. H. wird demnach vor allem Bestimmungen enthalten müssen über den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Grundkapitals, die Art seiner Aufbringung und die Höhe der einzelnen Aktien, oder über die Höhe des Stammkapitals und der Einlagen. Eine genaue ziffernmäßige Bestimmtheit ist jedoch nicht in jedem Falle erforderlich,

14) Ueber die Formbedürftigkeit eines Vorgesellschaftsvertrages zu einem dem Formzwang unterliegenden Gesellschaftsvertrage vergl. den folgenden Abschnitt.

15) Vergl. Koenige, § 105, 7 e; Geiler, in Düringer-Hachenburg, II, 1, Allg. Einl. Anm. 82 sowie die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 106, S. 174.

16) Vergl. die unter Anm. 17 dieses Abschnitts verzeichneten Literaturnachweise.

es genügt vielmehr, daß sich die Beteiligten auf Grund der getroffenen Vereinbarungen ein Urteil über die Tragweite und Bedeutung der einzugehenden Verpflichtungen bilden können.[17]) Daß bereits Firma oder Sitz der zukünftigen Gesellschaft in dem Vorgründungsvertrage ausdrücklich festgelegt sein müssen, ist nicht unbedingt notwendig, sondern der Vorvertrag ist wirksam, wenn sich diese Erfordernisse aus seinem Gesamtinhalt bestimmen lassen, oder wenn dargelegt ist, wie darüber beim späteren Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine Bestimmung getroffen werden soll.[18]) Es muß also die Satzung wenigstens in ihren Grundzügen bereits durch den Vorgründungsvertrag feststehen.[19]) Eine Vereinbarung, nach welcher sich die Beteiligten einer später noch zu errichtenden Satzung unterwerfen, ist unwirksam.[20]) Dagegen muß es als wirksam erachtet werden, wenn die Beteiligten übereinkommen, die Vorschriften eines als Muster angezogenen Gesellschaftsvertrages einer andern Aktiengesellschaft als Satzung gelten zu lassen.[21])

Auch der Vorvertrag, der sich auf den Abschluß einer offenen Handelsgesellschaft richtet, muß inhaltlich so beschaffen sein, daß im Streitfalle der Inhalt des zukünftigen Gesellschaftsvertrages festgestellt werden kann. Eine Vereinbarung innerhalb eines solchen Vorvertrages, wonach die eine Partei sich verpflichtet, ein bislang von ihr geführtes Geschäft und die andere Partei dasjenige, was sie aus der Liquidation ihres Geschäfts erlösen werde, einzubringen, ist von der Rechtsprechung als wirksam erachtet worden.[22]) Wesentlich für die offene Handelsgesellschaft ist vor allem die Verteilung und Entnahme des Gewinns. Zwar trifft das Handelsgesetzbuch in §§ 121, 122 hierüber ausdrückliche Bestimmungen. Die Anwendung dieser Vorschriften setzt aber den Abschluß des Gesellschaftsvertrages voraus. Für den Vorvertrag können sie nur durch Vermittlung eines dahin gerichteten Willensaktes maßgebend werden. Im praktischen Leben werden fast immer feste Gewinnentnahmen vereinbart. Eine stillschweigende Unterwerfung unter die Bestimmungen

17] Vergl. hierzu Koenige. § 182, 6b; Hachenburg-Bing-Schmidt, § 2 Anm. 15 sowie vor allem die Entscheidnng des Reichsgerichts in Bd. 66 S 121.
18] Goldschmit, § 182, 1; Koenige § 182, 6b und das Reichsgericht in Leipz. Zeitschr. 1902 Seite 866.
19] Vergl. hierzu besonders die Rechtssprechung des früheren Reichsoberhandelsgerichts. In Bd. XI S. 378 ist dargelegt, daß entweder ein vollständiger Satzungsentwurf vorliegen müsse oder aber die Grundzüge des künftigen Aktienunternehmens, namentlich Höhe des Grundkapitals, Art der Aufbringung, Höhe der einzelnen Aktien, die Hauptpunkte der künftigen Verfassung bereits unzweideutig feststehen müssen.
20] So die Rechtssprechung des früheren Reichsoberhandelsgerichts (vergl. Bd. XVIII S. 354)
21) So Staub-Pinner, § 182, Anm. 33.
22) Vergl. die Entsch. des früheren Reichsoberhandelsgerichts in Bd. IX S. 39; siehe auch Flechtheim in Düringer-Hachenburg, § 105, Anm. 19.

der §§ 121, 122 HGB. ist vor allem bei einer Verschiedenheit des Einbringens der Beteiligten nicht anzunehmen.[23]) Es ist demnach erforderlich, daß der Vorvertrag auch hierüber nähere Bestimmungen aufweist.[24])

3.
Der Vorvertrag zu Formalverträgen.

Während wir bei der Behandlung des inhaltlich nicht völlig bestimmten Vorvertrages davon ausgegangen sind, daß die Parteien sich über sämtliche Punkte des endgültigen Vertrages noch nicht geeinigt und deshalb zunächst den Abschluß eines Vorvertrages vorgenommen haben, soll nunmehr die Frage aufgeworfen werden, ob die Daseinsberechtigung eines Vorvertrages auch dann anzuerkennen ist, wenn eine Einigung der Parteien über den gesamten Inhalt des zukünftigen Vertrages bereits erzielt ist. Der Abschluß eines Vorvertrages ist in solchen Fällen dann gerechtfertigt, wenn der Hauptvertrag trotz der vollständigen Einigung der Parteien aus einem besonderen Grunde noch nicht geschlossen werden kann, dagegen die Möglichkeit zum Abschluß eines wirksamen Vorvertrages zwecks Herbeiführung einer sofortigen Bindung gegeben ist.

Ist für den wirksamen Abschluß eines Vertrages die Beobachtung einer besonderen Form erforderlich, so werden die Parteien oftmals aus den verschiedensten Gründen im augenblicklichen Zeitpunkt nicht in der Lage sein, den Vertrag in der vorgeschriebenen Form zu schließen. Es kommt z. B. häufig vor, daß die Parteien mangels eigener Geschäftsgewandtheit zwecks schriftlicher Abfassung des Vertrages eine sachkundige Person zu Rate zu ziehen, die aber in den wenigsten Fällen, sofort zur Stelle sein kann. Die Möglichkeit der Herbeiführung einer sofortigen Bindung durch den Abschluß eines Vorvertrages ist in solchen Fällen dann gegeben, wenn dieser seinerseits von dem Formerfordernis des Hauptvertrages nicht betroffen wird.

Die Frage also, ob und inwieweit das Formerfordernis des Hauptvertrages auf den Vorvertrag zu übertragen ist, ist vorweg zu prüfen, wenn die Berechtigung eines Vorvertrages zu einem formbedürftigen Hauptvertrage klargelegt werden soll.

Während auf der einen Seite die Ansicht, den formlosen Vorvertrag zu einem formbedürftigen Hauptvertrage in jedem Falle als wirksam anzusehen,[25]) nicht richtig sein kann, ist andererseits aber auch kein

23) So das Reichsgericht in Jur. Woch. 1917 S. 291.
24) Staub-Pinner. § 105, Anm. 53.
25) Adler (a.a.O. § 6) spricht von einer klassischen Unabhängigkeit der Gültigkeitserfordernisse von Vor- und Hauptvertrag. Riezler (Vorb. 8, Abs. 8 zu § 145) sieht keinen zwingenden Grund für die Uebertragung des Formerfordernisses

Grund ersichtlich, die für den Hauptvertrag vorgeschriebene Form unbedingt auf den Vorvertrag zu übertragen. Maßgebend für die Beantwortung der Frage können nur die Gründe sowie der Sinn und der Zweck der jeweiligen Formvorschrift sein. Hat diese die Erschwerung des Vertragsabschlusses im Interesse der Parteien im Auge, um sie zu reiflicher Ueberlegung anzuhalten, und läßt demzufolge das Gesetz eine Bindung des Willens der Parteien ohne Beobachtung der Form überhaupt nicht zu, dann ist auch der Abschluß des Vorvertrages formbedürftig, denn andernfalls könnte das Gesetz nur zu leicht umgangen und sein Zweck vereitelt werden. Es würde sich das Bestreben geltend machen, formlos geschlossene, und daher nichtige Hauptverträge durch Umdeutung gemäß § 140 BGB. wenigstens als Vorverträge aufrecht zu erhalten.[26]) So müßte z. B. ein Vorvertrag zu einer Bürgschaftsübernahme schriftlich und ein solcher zu einem Vertrage, durch den eine Schenkung versprochen wird, gerichtlich oder notariell beurkundet werden, denn es unterliegt keinem Zweifel, daß sowohl die Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB., wie auch die des § 518 Abs. 1 BGB nur den Zweck erfüllen soll, den Parteien die Bedeutsamkeit ihrer Willenserklärungen vor Augen zu führen und sie zu reiflicher Ueberlegung anzuhalten.[27]) Ein Vorvertrag zu einem Vertrage, worin sich jemand verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen, bedarf zu seiner Wirksamkeit aus denselben Gründen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, und zwar unterliegt ein solcher Vertrag seinem ganzen Inhalt nach der Formpflicht. Es ist also nicht nur die Erklärung der Partei, die das Eigentum übertragen will, sondern auch die Annahmeerklärung der andern Partei formbedürftig.[28]) Die Formvorschrift des § 313 BGB. findet jedoch keine Anwendung auf Verträge, durch die sich nur der eine Teil zum Erwerbe, n i c h t aber auch der andere zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück verpflichtet. Diesen Grundsatz hat das Reichsgericht in ständiger Rechtssprechung[29]) vertreten; auch in der Rechtslehre[30]) hat er mit Recht größtenteils Anerkennung gefunden, denn eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers

---

des Hauptvertrages auf den Vorvertrag und weist darauf hin, daß unsere Rechtsordnung einen allgemeinen Satz nicht kenne, wonach jedes, in sonst zulässiger Weise zustandegekommene Geschäft, das zur Umgehung von Formerfordernissen geschlossen werde, nichtig sei.

26) Vergl. die Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt in Recht 1902 S. 235.

27) Vergl. R.G. Bd. 76 S. 304. Ist jedoch die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen ein Handelsgeschäft, so findet gemäß § 350 HGB die Formvorschrift des § 766 S. 1 BGB keine Anwendung. In einem solchen Falle bedarf auch der Vorvertrag keiner Form.

28) Vergl. R.G. Bd. 53. S. 239.

29) Vergl. R.G. Bd. 81 S. 134 ff; Jur. Woch. 1905 S. 126 und R.G. 101 S. 335.

30) Vergl. z.B. Enneccerus-Nipperdey, § 153, IV, Anm. 20; Staudinger-Riezler, § 313, A I 3b aa; R.G.R.K. § 313, 1 und Planck-Siber § 313, 2a.

zur Veräußerung wird durch einen solchen Vertrag noch nicht begründet, sie würde erst zur Entstehung gelangen durch den Abschluß eines nach § 313 BGB. formgerechten Vertrages. Gerade der Schutz des Grundstückseigentümers soll aber durch die Vorschrift des § 313 BGB., wie sich aus seinem klaren Wortlaut, sowie aus den Motiven[31]) und Protokollen[32]) eindeutig ergibt, gewährleistet werden. Eine etwaige Absicht des Gesetzes, auch den Grundstückserwerber zu schützen, ist durch die Vorschrift des § 313 BGB. nicht zum Ausdruck gelangt, denn es heißt dort ausdrücklich, daß ein Vertrag dann der erwähnten Form bedarf, wenn er eine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück zum Inhalt hat. Auch die Zweckmäßigkeit eines derartigen Vorvertrages im praktischen Leben wird vom Reichsgericht bejaht.[33]) Sie wird mit Recht darin erblickt, dem Grundstückseigentümer, der die Veräußerung seines Grundbesitzes, insbesondere parzellenweise beabsichtigt, bereits vor Abschluß des Veräußerungsvertrages die Gewißheit darüber zu verschaffen, ob ernsthafte Käufer für seinen Grundbesitz vorhanden sind.

Ein typisches Beispiel für die rechtliche Wirksamkeit eines formlosen Vorvertrages zu einem formbedürftigen Hauptvertrage ist die Verpflichtung zum Abschlusse eines Grundstücksmiet- oder pachtvertrages von mehr als einjähriger Dauer. Für die Vorschrift des § 566 Abs. 1 BGB. sind andere Gesichtspunkte, als die oben erwähnten maßgebend gewesen. Aus den Protokollen[34]) ist eindeutig zu entnehmen, daß die Frage der Schriftform eines Grundstücksmietvertrages nur im Zusammenhang mit der Erörterung der bei einem Erwerb des Grundstücks auf den Käufer übergehenden Pflichten aufgetaucht ist. Es wird an dieser Stelle[35]) dargelegt, daß der in § 571 Abs. 1 BGB. aufgestellte Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" die Verpflichtung des Vermieters aus dem Mietvertrage zu einer Belastung des Grundstücks mache, ohne daß diese zur Wirksamkeit gegen den dritten Erwerber des Grundstücks der Eintragung ins Grundbuch bedürfe. Aus diesem Grunde fordere das Interesse des Erwerbers, ihm für die fehlende Möglichkeit, sich über den Umfang seiner Verpflichtungen aus dem Grundbuche zu unterrichten, soweit wie möglich einen Ersatz zu schaffen. Ein solcher Ersatz bestehe aber nur in der Schriftlichkeit des Mietvertrages. Mit diesen Darlegungen ist der Zweck der durch § 566 BGB vorgeschriebenen Schriftform klar umrissen. Er besteht lediglich darin, den jeweiligen Grundstückseigen-

31) Bd. II. S. 189.
32) Bd. I S 460.
33) R.G. Bd 81, S. 138
34) Vergl. Bd. II S. 147 ff.
35) Siehe besonders S. 150.

tümer die Möglichkeit zu geben, sich über den Umfang und Inhalt der bei einem Kauf des Grundstücks auf ihn übergehenden Verpflichtungen zu unterrichten.[36]) Schutz vor Uebereilung bezweckt die Formvorschrift des § 566 BGB. daneben nicht. Das ist insbesondere daraus zu entnehmen, daß bei Nichtbeobachtung der Form der Mietvertrag nicht nichtig ist, sondern gemäß § 566 S. 2 BGB. als für unbestimmte Zeit geschlossen gilt. Wenn aber die Schriftform des § 566 BGB. auch den Zweck verfolgte, die Parteien vor Uebereilung zu schützen, dann müßte eine Bindung durch eine nicht in gehöriger Form erfolgte Erklärung überhaupt ausgeschlossen sein. Danach können aber gegen die rechtliche Wirksamkeit eines formlosen Vorvertrages zu einem schriftlichen Mietvertrage Bedenken nicht bestehen, denn auf den Erwerber gehen nur die Verpflichtungen aus einem bereits bestehenden Mietvertrage, nicht aber aus einem Vorvertrage, über.[37])

Des weiteren bedarf auch der Vorvertrag zu einem abstrakten Schuldversprechen oder einem Schuldanerkenntnisvertrage nicht der in § 780 oder § 781 BGB. vorgesehenen Schriftform. Hier sind wiederum andere Erwägungen für die Anordnung der vorgeschriebenen Form maßgebend gewesen. In den Motiven[38]) und Protokollen[39]) wird hervorgehoben, daß die Loslösung des Schuldverhältnisses von dem Verpflichtungsgrund eine Abweichung von der regelmäßigen Gestaltung der Obligation darstelle, aus welcher mehr Zweifel als bei allen übrigen Rechtsverhältnissen entstehen könnten. Aus einem nur mündlich gegebenen Schuldversprechen oder Anerkenntnis sei der Verpflichtungswille des Schuldners in vielen Fällen nicht eindeutig zu entnehmen. Die Ausstellung einer schriftlichen Erklärung bilde einen wichtigen Behelf für die Annahme, daß eine bindende Verpflichtung beabsichtigt sei. Es sind also vor allem Gründe der allgemeinen Rechtssicherheit gewesen, die die Veranlassung zu den genannten Formvorschriften gegeben haben. Das Gesetz bezweckt nicht, eine Willensgebundenheit des Inhalts eines Schuldversprechens oder Anerkenntnisses überhaupt auszuschließen, sondern die Formvorschrift dient nur dazu, den genannten Verträgen eine besondere rechtliche Ei-

36) Siehe auch Enneccerus-Lehmann, § 126, II, Staudinger-Riezler, Vorb. 8 Abs. 8 zu § 145, Krauss, S. 52, u.a.

37) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts geht von demselben Grundsatz aus. In der Entscheidung Bd. 86 S. 30 hat es klar ausgesprochen, der Satz, ein Vorvertrag bedürfe derselben Form, die das Gesetz für den Hauptvertrag vorschreibe, gelte nicht ausnahmslos, vielmehr bestimme sich nach Inhalt und Zweck der Formvorschrift, ob diese sich auch auf einen Vorvertrag zu dem formbedürftigen Hauptvertrage erstrecke. Von diesen Gesichtspunkten ausgehend, hat das Reichsgericht das Formerfordernis eines Vorvertrages zu einem Grundstücksmitvertrage von mehr als einjähriger Dauer verneint. (vergl. auch die Entsch. in Bd. 104 S. 133)

38) Siehe Bd. II S. 689

39) Vergl. Bd. II S. 505.

genart, nämlich die Loslösung von dem ursprünglichen Schuldgrund, zu verleihen.[40]) Dieser Gesichtspunkt wird noch klarer, wenn man sich in diesem Zusammenhang die Verpflichtung zur Ausstellung eines Wechsels[41]) vor Augen führt, die eine gewisse Verwandtschaft mit den eben genannten Verpflichtungen aufweist. Inhalt der Wechselsverpflichtung ist die Zahlung einer Geldsumme. Durch die vorgeschriebene Wechselform wird aber eine Verpflichtung dieses Inhalts nicht schlechthin ausgeschlossen. Man kann sich z. B. durch einen Kaufvertrag mündlich zur Zahlung einer Geldsumme verpflichten. Nur die besondere qualifizierte Wirkung der Wechselverbindlichkeit ist im Interesse der öffentlichen Rechtssicherheit von der Beobachtung bestimmter Formen abhängig gemacht worden. Nicht aber ist die Formvorschrift deshalb eingeführt, um auf die Ueberlegung des Schuldners einzuwirken. Sowohl der Vorvertrag zu einem abstrakten Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis wie auch die Verpflichtung zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit sind daher an keine Form gebunden.[42])

Von wesentlicher Bedeutung ist ferner die Frage, ob ein Vorvertrag, der den Abschluß eines dem Formzwang unterliegenden Gesellschaftsvertrages, z. B. einer G. m. b. H. oder einer Aktiengesellschaft, vorsieht, zu seiner Wirksamkeit ebenfalls der Form bedarf. Von der überwiegenden Meinung in der Rechtslehre[43]) sowie von der gesamten Rechtsprechung[44]) wird diese Frage mit Recht bejaht. Der Zweck dieser genannten Formvorschriften besteht einmal darin, die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses für Dritte erkennbar zu machen, weiter aber auch, den Beteiligten die Bedeutsamkeit der von ihnen abzugebenden Willenserklärungen zum Bewußtsein zu bringen,[45]) denn die Absicht des Gesetzgebers geht dahin, ohne Beobachtung der Form eine Willensgebundenheit der Beteiligten nicht zuzulassen. Gerade dieser letztgenannte Zweck steht aber der Wirksamkeit eines formlosen Vorvertrages entgegen. Diese Auffassung

40) So vor allem Enneccerus-Nipperdey, § 153, IV Anm. 20; Fischer-Henle-Titze, § 780, 5 und § 781, 4; Staudinger-Kober § 780, II 4; Roth, S. 319. Sie verneinen das Formerfordernis eines Vorvertrages zu einem Schuldversprechen oder einem Schuldanerkenntnis

41) Ueber den Wechselvorvertrag im einzelnen vergl. den Inhalt des nächsten Abschnitts.

42) Siehe hierzu die Entscheidung des Oberlandesgerichts Dresden, (OLG 12, 277) wo dieser Grundsatz ausdrücklich hervorgehoben wird. Aus demselben Grunde wird auch von der herrschenden Rechtslehre, sowie von der Rechtsprechung des Reichsgerichts das Formerfordernis einer Verpflichtung zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit verneint (vergl. u.a. Staudinger-Kober, § 890 II 4; Staub Gadow, § 350, Anm. 51. Oertmann, § 125, 6b; Roth, S. 319 u. R G. Bd. 14 S. 93

43) Goldschmit, § 182, 6; Koenige, § 182, 6 b; Geiler in Düringer-Hachenburg, II, 1 Allg. Einl. Anm. 280; Fischer in Jur. Woch. 1924 S. 170/1; Baumbach, H.G.B. § 182, 2 B

44) Vergl. die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 43, S. 136, Bd. 66 S, 116, Bd. 106 S. 174 sowie in Jur. Woch. 1924 S. 170.

45) So vor allem das Reichsgericht (vergl. die Entscheiduugen in Bd. 54 S. 419 und in Bd. 66 S. 121.

wird zwar noch vereinzelt bekämpft. Es wird hervorgehoben,[46]) die Verpflichtung, sich bei einer Gesellschaft zu beteiligen, sei zu scheiden von dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages selbst. Letzterer betreffe die Festsetzung der Lebensbedingungen der künftigen Gesellschaft, die Gestaltung der Rechtsverhältnisse, wie sie zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern bestehen sollen, sowie die dauernde, auch Dritten erkennbar zu machende Grundlage der Gesellschaftsverhältnisse. Die Verpflichtung zur Beteiligung stelle sich im Verhältnis zur Errichtung des Gesellschaftsvertrages genau so dar wie allgemein der obligatorische Vertrag zum Erfüllungsgeschäft. Es sei aber allgemein anerkannt, daß der obligatorische Vertrag nicht der Form des Erfüllungsvertrages bedürfe, z. B. sei das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft zur Bestellung einer Hypothek formlos gültig. Demgemäß sei auch der Vorvertrag zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages an keine Form gebunden, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag formbedürftig sei. Diese Begründung ist jedoch nicht überzeugend. Schon der Vergleich mit dem Verhältnis des schuldrechtlichen Geschäfts zum nachfolgenden Erfüllungsvertrage ist nicht stichhaltig. Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichtet sich der Gesellschafter zur Leistung einer Einlage, möglicherweise übernimmt er noch anderweitige Verpflichtungen. (vergl. § 3 Abs. 1 Nr. 4 und Abs. 2 des G. m. b. H. - Gesetzes.) Wenn also auch durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages in Verbindung mit der Eintragung ins Handelsregister die G. m. b. H. ins Leben gerufen wird, so hat trotzdem der Gesellschaftsvertrag mit Rücksicht auf die eben erwähnten Verpflichtungen, die zu seinem Inhalt gehören, einen obligatorischen Charakter. Er stellt also kein Erfüllungsgeschäft, wie z. B. die Bestellung einer Hypothek, dar. Der Vorvertrag, der sich auf Abschluß des Gesellschaftsvertrages richtet, ist demnach als Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages anzusehen, der seinerseits obligatorische Verpflichtungen zum Inhalt hat. [47]) Ein solcher Vorvertrag ist aber jedenfalls dann formbedürftig, wenn der Gesetzgeber eine Verpflichtung ohne Einbehaltung der Form nicht zuläßt. Aber selbst wenn man bei der Beurteilung der Streitfrage von dem erwähnten Vergleich ausgehen wollte, wenn man also dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages im Verhältnis zum Vorvertrage dieselbe Bedeutung beimessen würde wie dem Erfüllungsgeschäft im Verhältnis zum schuldrechtlichen Vertrage, so würde man dennoch daraus die formlose Gültigkeit des Vorvertrages zum Gesellschaftsvertrage nicht herleiten können. Nach denselben Gesichtspunkten müßte dann z. B.

46) Insbesondere von Hachenburg Bing Schmidt, § 2 Anm. 14 und Staub Pinner, § 182, Anm. 34 Auch Schreiber (vergl a.a O. S 79) verneint die Formbedürftigkeit des Vorvertrages.

47) So besonders das Reichsgericht in Bd. 66 S. 120.

auch der Vorvertrag zu einer Bürgschaftsübernahme formlos wirksam sein, denn auch die Bürgschaftsübernahme könnte man als Erfüllungsgeschäft gegenüber dem Verpflichtungsvertrage ansehen.[48]) Der Satz, die Verpflichtung zur Eingehung eines formbedürftigen Erfüllungsgeschäfts bedürfe nicht der Form, gilt eben nicht allgemein.[49]) Es kommt in jedem Einzelfall auf den Sinn und den Zweck der jeweiligen Formvorschrift an. Ebenso wie der Gesetzgeber aus einer formlos übernommenen Bürgschaft eine Verbindlichkeit nicht zur Entstehung gelangen läßt, so spricht er auch dem Akt der Körperschaftsbildung bei der Aktiengesellschaft und der G. m. b. H. ohne Beobachtung der Form jede rechtliche Wirksamkeit ab. Der damit zum Ausdruck gebrachte Zweck des Gesetzes, den Beteiligten die Bedeutsamkeit der von ihnen abzugebenden Willenserklärungen vor Augen zu führen, ist allein für das Formerfordernis des Vorvertrages maßgebend, denn dieser Zweck würde leicht zu umgehen sein, wenn durch einen formlosen Vorvertrag die Verpflichtung zur Eingehung eines dem Formzwang unterliegenden Gesellschaftsvertrages begründet werden könnte.

Auch das Versprechen einer Person, einer bestehenden Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft beizutreten, ist an die gleiche Form, die für die Beitrittserklärung selbst vorgeschrieben ist, gebunden. Das Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften schreibt z. B. in § 15 Abs. 1 für den Erwerb der Mitgliedschaft eine von dem Beitretenden zu unterzeichnende Erklärung vor. Diese Formvorschrift soll eine besondere Garantie gewähren für die Ernstlichkeit des Entschlusses, der Genossenschaft beitreten zu wollen. Sie soll vor einem unüberlegten und leichtfertigen Beitritt warnen. Einer formlosen Beitrittserklärung wird vom Gesetz keinerlei Bedeutung beigemessen. Diese Gesichtspunkte rechtfertigen die Uebertragung des Formerfordernisses auf das Versprechen zum Beitritt.[50])

Zwecks Prüfung der logischen Möglichkeit und Daseinsberechtigung des Vorvertrages zu solchen Hauptverträgen, die kraft Parteivereinbarung einer bestimmten Form bedürfen, ist von der Vorschrift des § 154 Abs. 2 BGB. auszugehen. Hiernach ist, wenn eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrages verabredet worden ist, dieser im Zweifel nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist. Die Auslegungsregel dieser Vorschrift entspricht dem § 125 S. 2 BGB., wonach der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form im Zweifel Nichtigkeit

48) Vergl hierzu bes. Fischer in Jur. Woch. 1924 S. 171/2, Anm. zu Nr. 6.
49) Siehe Fischer in Jur. Woch. 1924 S. 172
50) Vergl. Crüger Crecelius, § 15. unter Anm. 4 sowie die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 14, S. 90 und Bd. 40, S. 46.

zur Folge hat. Die Nichtigkeit tritt also nicht unbedingt ein, wie bei dem Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form, sondern nur im Zweifel. Die Parteien sind demnach durch die Vorschriften der §§ 154 Abs. 2 und 125 S. 2 BGB. nicht gehindert, bereits vor der Beurkundung eine vertragliche Gebundenheit herbeizuführen. Sie sind einmal in der Lage, sich durch einen mündlichen Vorvertrag zum Abschluß des endgültigen Vertrages in der vorbehaltenen Form zu verpflichten,[51]) weiter können sie aber auch sofort den Hauptvertrag mündlich bindend abschließen und daneben eine spätere förmliche Vollziehung des Vertrages vereinbaren. In letzterem Falle erhebt sich die Frage, ob in der Verabredung der förmlichen Vollziehung des bereits fest geschlossenen Vertrages ein Vorvertrag zu erblicken ist oder nicht. Diese Frage tritt gleichfalls in die Erscheinung, wenn die Verabredung der Beurkundung zeitlich nicht mit dem Abschluß des Vertrages zusammenfällt, sondern erst später getroffen wird. Degenkolb hat diese Frage eingehend behandelt.[52]) Gerade in diesen Tatbeständen erblickt er eines der Hauptanwendungsgebiete des Vorvertrages. Er faßt die Vertragsvollziehung als nochmaligen Vertragsschluß auf, sodaß sich die darauf gerichtete Vereinbarung als Vorvertrag darstellt.[53]) Hier ist der für die Möglichkeit eines Vorvertrages entscheidende Punkt bereits gestreift. Hat nämlich der Vollziehungsakt Vertragsnatur, dann würde an sich nichts im Wege stehen, die Verabredung zur Vollziehung als Vorvertrag aufzufassen. Ist aber der Vollziehungsakt lediglich beweissichernder Akt, die Urkunde bloße Beweisurkunde, dann kann von einem Vorvertrage nicht gesprochen werden, denn die Verpflichtung zur Herstellung dieser Urkunde würde nicht die Abgabe einer Willenserklärung, ein „contrahere" in sich schließen, sondern die Herstellung einer Sache.[54]) Degenkolb[55]) weist zur Begründung der Vertragsnatur des Vollziehungsaktes vor allem darauf hin, daß bei einem beabsichtigten Widerspruch zwischen dem Inhalt des Erstvertrages und der Vollziehungsurkunde lediglich der Inhalt des letzteren maßgebend sein könne. Halte man aber, so führt er weiter aus, bei nachgewiesener Abweichung vom Erstvertrage die Vollziehungsurkunde aufrecht, dann widerspreche das ihrer Eigenschaft als bloßer Beweisurkunde, und zwar auch dann, wenn sie mit dem Erstvertrag völlig übereinstimme, denn die rechtliche Natur des Vollziehungsaktes könne sich nicht verschieden gestalten je nach seiner größeren oder geringeren Uebereinstimmung mit dem Erstvertrage.

51) Vergl. Planck § 125, 2a und 5c, sowie Roth S. 321.
52) a.a.O. S. 159 ff.
53) Ihm hat sich Geib (a.a.O. S. 21) angeschlossen
54) So z.B. auch Meyer a.a.O. S. 77 ff.
55) a.a O. S. 168.

Von diesen Degenkolbschen Ausführungen ist richtig, daß bei bewußter Abweichung des Erstvertrages von der Vollziehungsurkunde die Parteien davon ausgehen, lediglich dem Inhalt der letzteren Geltung zu verschaffen. Unter solchen Voraussetzungen stellt sich der Vollziehungsakt als Abschluß eines vollständig neuen Vertrages, unter Aufhebung der früheren Abmachungen, dar. Eine Verpflichtung zum Abschluß dieses neuen Vertrages war nicht vereinbart. Folglich ist auch für die Annahme eines Vorvertrages in solchen Fällen kein Raum.

Der Umstand aber, daß bei einer Abweichung der Vollziehungsurkunde vom Erstvertrag in dem Vollziehungsakt der Abschluß eines neuen Vertrages liegt, kann nicht zur Begründung der Vertragsnatur des Vollziehungsaktes im allgemeinen führen,[56]) denn während eine nachträgliche Aenderung des Parteiwillens sich am einfachsten durch einen neuen Vertragsschluß verwirklichen läßt, also notgedrungen zur Anerkennung der Vertragsnatur des Vollziehungsaktes führen muß, besteht bei völliger Uebereinstimmung der Vollziehungsurkunde mit dem Erstvertrag keine Veranlassung, den Parteien den Willen zu unterschieben, durch Vornahme des Vollziehungsaktes einen neuen Vertrag einzugehen. In solchen Fällen wird grundsätzlich anzunehmen sein, daß die Vollziehung des Vertrages nur zwecks Beweises vereinbart worden ist, und zwar soll durch die Vollziehungsurkunde Abschluß und Inhalt des mündlichen Vertrages bewiesen werden.[57]) Die Verabredung der Beurkundung verfolgt also rechtserklärende und nicht rechtsbegründende Zwecke. Es soll kein neuer Vertrag geschlossen, sondern nur eine Urkunde hergestellt, also eine tatsächliche Handlung vorgenommen werden. Die Abrede zur Herstellung dieser Urkunde ist kein Vorvertrag.

4.

Der Vorvertrag auf dem Gebiete des Wechselrechts.

Eine besondere Beachtung verdient in diesem Zusammenhange der Vorvertrag auf dem Gebiete des Wechselrechts.

Eine Verpflichtung zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit kann sich nur dann als Vorvertrag darstellen, wenn die Wechselverbindlichkeit ihrerseits zu ihrer Entstehung einen Vertrag erfordert.

Die Meinungen über den Entstehungsgrund der Wechselverbindlichkeit sind geteilt. Zwei Hauptansichten stehen sich gegenüber. Während

56) Wie Degenkolb das will (S. 172).
57) Degenkolb (S. 172) spricht zwar auch von einer Beweisfunktion der Vollziehungsurkunde. Nach ihm soll diese sich aber nicht auf den Erstvertrag, sondern auf den Vollziehungsakt, erstrecken. Diese Folgerung kann aber nur dann richtig sein, wenn die Parteien durch die Vornahme des Vollziehungsaktes tatsächlich einen neuen Vertrag eingehen wollen.

auf der einen Seite dargelegt wird, die Wechselverbindlichkeit komme lediglich durch den einseitigen Skripturakt zustande,[58]) fordern andere zu ihrer Entstehung das Vorliegen eines Begebungsvertrages.[59]) Von den vermittelnden Theorien hat die von Jacobi[60]) in neuerer Zeit aufgestellte Rechtsscheintheorie besondere Bedeutung erlangt. Sie lehrt, daß zwar grundsätzlich zur Entstehung der Wechselverbindlichkeit ein Vertrag erforderlich sei, daß aber zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers des Papiers der durch den Hersteller in den Verkehr gelangten Wechselurkunde veranlaßte Schein eines solchen Vertrages genügen müsse.

Die Rechtsprechung steht grundsätzlich auf dem Boden der Vertragstheorie.[61]) Eine Ausnahme wird jedoch bei der Annahmeerklärung gemacht. Die verpflichtende Wirkung der Annahme soll bereits durch die einseitige Vollziehung des Skripturaktes zur Entstehung gelangen.[62]) Diese Auffassung der Rechtsprechung beruhte im wesentlichen auf Art. 21 Abs. 4 der alten Wechselordnung,[63]) wonach die Zurücknahme der einmal erfolgten Annahme unzulässig war. Die Rechtslage ist aber nach dem Inkrafttreten des neuen Wechselgesetzes vom 21. 6. 1933 eine andere geworden. Der Bezogene hat gemäß Art. 28 dieses Gesetzes bis zur Rückgabe des Wechsels das Recht, die Annahmeerklärung zu streichen. Seine Verpflichtung entsteht daher nicht schon mit der bloßen Vollziehung des Skripturaktes, sondern, ebenso wie die des Ausstellers und des Indossanten, erst durch die Uebergabe der mit der Wechselerklärung versehene Urkunde.[64]) Es wird sich demnach die Rechtsprechung, auch soweit es sich um die Verpflichtung des Annehmenden handelt, mit Rücksicht auf diese neue Bestimmung des Wechselgesetzes, auf den Boden der Vertragstheorie stellen müssen.

Für die Anhänger der Vertragstheorie kann aber die rechtliche Natur der Verpflichtung zur Eingehung einer Wechselverbindlichkeit nicht zweifelhaft sein. Die Verpflichtung ist gerichtet auf den Abschluß eines Vertrages, der einen Anspruch, nämlich die wechselmäßige Verbindlichkeit erzeugt. Sie stellt sich demnach als Vorvertrag zu einem Verpflichtungsvertrage dar.

---

58) So z.B. Dernburg, II, § 249, I und besonders Langen in Arch. f. Bürg. Recht Bd. 30, S. 7 ff.
59) Staub-Stranz, Allg. Einl. VI, Anm. 18, Quassowsky-Albrecht, Art. 28, 2, 1 u. von Schwerin, Recht der Wertpaplere, S. 22, Wechsel- und Scheckrecht, S. 21, 22.
60) in Ehrenbergs Handbuch IV, 2 S. 125 ff.
61) Vergl. die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd 23, S. 24, Bd. 35. S. 75, und in Jur. Woch. 1928 S. 231.
62) Siehe die Entscheidungen in Bd. 70 S. 210, Bd. 77, S 141 u. in Jur. Woch. 1912 S. 48. Für das Blankoakzept hält jedoch das Reichsgericht an der Vertragstheorie fest. (Vergl die Entsch. in Bd. 134 S. 33 und in Bd. 143 S. 207)
63) Siehe bes. die Entscheidung in Bd. 24, S, 116.
64) So Staub-Stranz, Art. 28, Anm. 2 und Quassowski-Albrecht, Art. 28, 2 l.

Die Zweckmäßigkeit des Wechselvorvertrages im praktischen Leben ergibt sich daraus, daß er nicht an die für die Eingehung der eigentlichen Wechselverbindlichkeit vorgeschriebene Form gebunden ist. Die genauen Formvorschriften des Wechselgesetzes sind nämlich im Interesse der öffentlichen Rechtssicherheit und nicht, um den Schuldner vor Uebereilung zu schützen, eingeführt.[65]) Sie hängen mit der Eigenart der Wechselurkunde zusammen. Der Wechsel als solcher ist, wie jedes andere Wertpapier, Trägerin der Wechselverbindlichkeit. Nur der Eigentümer der Wechselurkunde kann Wechselgläubiger sein. Zur Uebertragung der Wechselforderung ist die Eigentumsübertragung der Urkunde erforderlich.. Das Vorhandensein der Wechselurkunde ist für das Bestehen der wechselmäßigen Verbindlichkeit logische Voraussetzung. Diese gesamten Gesichtspunkte bringen die Formvorschriften des Wechselgesetzes naturgemäß mit sich. Zu einer Uebertragung dieser Formvorschriften auf den Vorvertrag besteht daher keine Veranlassung.

65) Vergl. hierzu unsere Ausführungen unter § 6, II, 3a und die unter Anm. 42 angeführten Literaturnachweise.

Dritter Teil: Der Anspruch aus dem Vorvertrage und seine gerichtliche Geltendmachung.

§ 7.

Der Anspruch aus dem Vorvertrage.

I.

Inhalt des Anspruchs.

Die aus dem Vorvertrag sich ergebende Verpflichtung ist durch die Begriffsbestimmung bereits gekennzeichnet. Sie besteht darin, beim Abschlusse des Hauptvertrages durch Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung mitzuwirken.

An der rechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Leistungsverpflichtung im allgemeinen ist nicht zu zweifeln. Storch[1]) hielt sie freilich für unzulässig. Er betrachtete die Abgabe einer Willenserklärung als bloße seelische Tätigkeit und betonte, daß Gegenstand einer Verpflichtung nur ein Handeln sein könne. Er verkannte dabei aber das Wesen der Willenserklärung. Neben dem rein geistigen Wollen enthält diese notwendig als reales Moment des Handelns die Aeußerung dieses Willens.[2]) Die Willenserklärung ist demnach Handlung und nicht bloße seelische Tätigkeit. Als solche kann sie aber Gegenstand einer Leistung sein, denn nach dem herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit kann jede Handlung zum Inhalt einer Schuldverpflichtung gemacht werden, soweit nicht besondere Gründe entgegenstehen. Den besten Beweis für die Zulässigkeit einer solchen Verpflichtung bietet die Vorschrift des § 894 ZPO., die von der Möglichkeit der Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung ausgeht.

Die Leistungsverpflichtung des Schuldners erschöpft sich aber nicht in der Abgabe der zum Vertragsschluß erforderlichen Willenserklärung. Damit allein ist dem Gläubiger nicht gedient, sondern er hat ein Interesse daran, daß ein wirksamer Hauptvertrag zustandekommt. Den Schuldner trifft demnach gleichzeitig eine Pflicht zur Leistungsbereitschaft. Sie besteht darin, die Möglichkeit des Abschlusses eines wirksamen Hauptvertrages zu erhalten. Diese Pflicht ist aber keine selbstän-

1] Vergl. a a. O. S. 61 und 62.
2] Vergl Enneccerus-Nipperdey, § 136, II, A. 2 und Breit. a. a. O. S. 22 f.

dige, sondern sie ist notwendig im Hinblick auf den allgemeinen Grundsatz der Vertragstreue mit jeder vertraglichen Verpflichtung verknüpft. Wenn z. B. A dem B die Uebergabe eines bestimmten Gegenstandes schuldet, so ist er gleichzeitig verpflichtet, alles zu unterlassen, was die Uebergabe des betreffenden Gegenstandes unmöglich machen könnte. Trotzdem liegt aber der wesentliche Inhalt der Schuldverpflichtung des A in der Uebergabepflicht. Beim Vorvertrage ist es ebenso. Die Pflicht zur Leistungsbereitschaft bezieht sich aber an sich nur auf den Leistungsgegenstand des Vorvertrages. Indirekt wird jedoch auch bereits der Schuldgegenstand des Hauptvertrages von ihr betroffen, denn nach § 306 BGB. ist ein Vertrag, der sich auf eine unmögliche Leistung richtet, nichtig. Wenn sich z. B. A durch einen Vorvertrag verpflichtet hat, dem B ein bestimmtes Pferd zu verkaufen und er daraufhin dieses Pferd tötet, so ist der Abschluß eines wirksamen Hauptvertrages nicht mehr möglich. A hat die ihm obliegende Leistung aus dem Vorvertrage dadurch unmöglich gemacht, daß er den Leistungsgegenstand des Hauptvertrages und damit die Möglichkeit zum Abschluß eines wirksamen Hauptvertrages zerstört hat. Die Möglichkeit der Erhaltung der aus dem Vorvertrage geschuldeten Leistung ist also bedingt durch die Erhaltung des Leistungsgegenstandes aus dem Hauptvertrage. Damit erstreckt sich aber die Leistungsbereitschaft des Schuldners indirekt auch auf den Schuldgegenstand des Hauptvertrages.[3]) Die rechtliche Natur des Anspruchs aus dem Vorvertrage wird hierdurch aber nicht verändert. Insbesondere kann hieraus nicht gefolgert werden, daß die Pflicht zur Leistungsbereitschaft sich auf bloßes Verlangen des Gläubigers in eine Erfüllungspflicht, die in der Leistung des aus dem Hauptvertrage geschuldeten Gegenstandes bestehe, verwandele.[4]) Die Erfüllungspflicht besteht nämlich bereits vom Abschlusse des Vorvertrages an; sie trägt die Pflicht zur Leistungsbereitschaft in sich. Inhalt der Erfüllungspflicht kann aber nur die aus dem Vertrage sich ergebende Verpflichtung als solche sein. Beim Vorvertrag besteht sie nicht in der Leistung des aus dem Hauptvertrage geschuldeten Gegenstandes, sondern in der Mitwirkung zum Vertragsschluß. Nur diese kann der Gläubiger verlangen.

3] Hier ist ein rechtlicher Zusammenhang zwischen Vor- und Hauptvertrag deutlich erkennbar. Noch in anderer Beziehung tritt dieser Zusammenhang in die Erscheinung. Wenn die Parteien einen Kaufvertrag auf Grund eines Vorvertrages abgeschlossen haben, so ist als Zeitpunkt für die Kenntnis des Käufers von etwaigen Mängeln gemäß § 439, Abs. 1 und § 460 Abs. 1 BGB. nicht der Abschluß des Kaufvertrages, sondern der des Vorvertrages maßgebend. Der entscheidende Gesichtspunkt liegt darin, daß der Käufer durch den Vorvertrag bereits vertraglich gebunden ist. Es wäre aber unbillig, wenn der Verkäufer dadurch seine Haftung ausschließen könnte, daß er dem Käufer beim Abschluß des Vorvertrages sämtliche Mängel verheimlichen, sie aber nachher beim Abschluß des Kaufvertrages kundgeben würde. [vergl. hierzu Schapp, S. 26]

4] So Stintzing, S. 26, und Staudinger-Riezler, Vorb. 8, Abs. 3 zu § 145.

Eine Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz entsteht dann, wenn der Schuldner seine Pflicht zur Leistungsbereitschaft verletzt, d. h., wenn er die ihm obliegende Leistung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich macht.[5]) Eine solche Verletzung ist, wie soeben dargelegt, darin zu erblicken, daß der Schuldner den Schuldgegenstand des Hauptvertrages zerstört oder über ihn anderweitig verfügt. Dadurch macht der Schuldner die ihm aus dem Vorvertrage obliegende Leistung zum Abschluß eines wirksamen Hauptvertrages unmöglich. Er ist demnach zur Leistung von Schadenersatz, und zwar in Höhe des vollen Interesses, das der Gläubiger an dem Zustandekommen des Hauptvertrages hat, verpflichtet.

Auch das Vorliegen des Verzuges kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Verpflichtung zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung begründen. Der Eintritt des Verzuges erfordert jedoch nach § 284 BGB, daß der Gläubiger den Schuldner nach dem Eintritt der Fälligkeit gemahnt, ihn also zur Mitwirkung beim Abschluß des Hauptvertrages aufgefordert hat. Leistet trotz dieser Mahnung der Schuldner infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes nicht, so gerät er in Verzug. (§§ 284, 285 BGB.) Die Wirkungen des Verzuges sind beim ein- und zweiseitigen Vertrage verschieden. Bei ersterem besteht ein Anspruch auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung nur im Falle des § 286 Abs. 2 BGB., d. h., wenn die spätere Leistung dem Gläubiger nichts mehr nützen kann, beim gegenseitigen Vertrage dagegen kann der Gläubiger gemäß § 326 BGB. dem Schuldner eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung, also den Abschluß des Hauptvertrages, nach dem Ablauf dieser Frist ablehne. Nach dem fruchtlosen Ablauf dieser Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, oder vom Vertrage zurückzutreten.

Hat dagegen der Vorvertragsverpflichtete die bestimmte Erklärung abgegeben, er werde die geschuldete Leistung nicht bewirken, er werde also beim Abschluß des Hauptvertrages nicht mitwirken, so hat er dadurch eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß die Erfüllung der Vertragspflicht und damit auch der Vertragszweck erheblich gefährdet sind. Ein solches Verhalten des Schuldners stellt sich als positive Vertragsverletzung dar.[6]) Es wäre zwecklos, wenn man dem Gläubiger in einem solchen Falle die Verpflichtung auferlegen wollte, zuvor die Fälligkeit der Leistung abzuwarten und sodann den Schuldner in Verzug zu setzen,

5] Für einseitige Verträge kommt § 280 BGB. in Betracht; beim gegenseitigen Vertrag hat der Gläubiger nach der besonderen Vorschrift des § 325 BGB. ein Wahlrecht, Er kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten

6] Vergl. Staudinger-Werner, Vorb. C, I, 4 vor § 275

denn letzterer hat deutlich zu erkennen gegeben, daß er weder eine Frist zur Erfüllung begehre noch von einer solchen Gebrauch machen werde. [7]) Es ist vielmehr gerechtfertigt, dem Gläubiger unter dieser Voraussetzung im Hinblick auf den in § 276 BGB. enthaltenen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach der Schuldner für jede schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflichten einzustehen hat, einen Anspruch auf Schadensersatz zuzubilligen. [8]) Handelt es sich um einen gegenseitigen Vorvertrag, so kann dem Gläubiger nicht zugemutet werden, noch länger am Vertrage festzuhalten, wenn der Vertragszweck in dieser Weise gefährdet ist. Man wird ihm das Recht zuerkennen müssen, in entsprechender Anwendung des § 326 BGB. entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten.[9])

II.

Uebertragbarkeit, Pfändbarkeit und Vererblichkeit des Anspruchs.

Der besonders geartete Inhalt des Anspruchs aus dem Vorvertrage gibt Anlaß zu der Frage seiner Uebertragbarkeit.

Nach unserm heutigen Recht ist grundsätzlich jede Forderung abtretbar. Die Vorschrift des § 399 BGB. enthält jedoch in dieser Beziehung eine wichtige Ausnahme. Danach ist nämlich die Abtretung ausgeschlossen, wenn die Leistung an einen andern als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Aenderung ihres Inhalt erfolgen kann. Diese Bestimmung bezweckt, eine Veränderung des Inhalts der Leistung zum Nachteile des Schuldners durch eine etwaige Abtretung zu verhindern. Gemeint sind insbesondere solche Ansprüche, die in engem Zusammenhang mit der Person des Berechtigten stehen. Schuldet jemand eine Geldsumme, so wird ihm in den meisten Fällen die Person des Gläubigers gleichgültig sein, wenn er nur durch die Zahlung der Summe von seiner Verbindlichkeit befreit wird. Ein Wechsel in der Gläubigerschaft

---

7] Siehe vor allem die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 51 S. 350 und Bd. 57, S. 113.

8] vergl. statt Vieler Staudinger-Werner [Vorb. C II vor § 275] der diese Rechtsfolge der positiven Vertragsverletzung als selbstverständlich hinstellt. Siehe auch die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd 106, S. 25

9] Von der überwiegenden Meinung in der Rechtslehre sowie von der Rechtsprechung werden dem vertragstreuen Teil eines gegenseitigen Vertrages beim Vorliegen einer positiven Vertragsverletzung, durch die eine Gefährdung des Vertragszwecks eingetreten ist, diese Rechte in entsprechender Anwendung des § 326 BGB. zugebilligt. [vergl. Staub-Gadow, § 374, Anm. 174; Fischer-Henle-Titze, § 326, 16; Rosenthal Freymuth-Kamnitzer, § 326, Anhang 9; Warneyer, § 326, XII; Soergel, § 326, H, sowie die Entscheidungen des Reichsgerichts in Bd. 57, S. 115, Bd. 63, S. 297 und in Bd. 93 S. 286] Staudinger-Werner [Vorb. C II zu § 275] gewährt dem vertragstreuen Teil ebenfalls die Rechte aus § 326 BGB., jedoch nicht in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift. Er leitet vielmehr den Schadensersatzanspruch aus § 276 B G B. sowie das Rücktrittsrecht aus § 242 BGB. ab.

hat für einen solchen Schuldner kein besonderes Interesse. Ganz anders stellt sich aber die Sachlage dar, wenn jemand zum Abschluß eines Vertrages verpflichtet ist. Hier handelt es sich durchgehends um eine Sache des persönlichen Vertrauens; die Person des Berechtigten ist für den Inhalt der Leistungspflicht von erheblichem Einfluß. Es ist keineswegs gleichgültig, ob jemand verpflichtet ist, dem zahlungskräftigen A einen Gegenstand zu verkaufen oder dem vermögenslosen B. Ein Wechsel in der Person des aus dem Vorvertrage Berechtigten würde demzufolge besonders in wirtschaftlicher Beziehung erhebliche Veränderungen des Schuldverhältnisses nach sich ziehen. In der Regel wird also die Möglichkeit der Abtretung an der Vorschrift des § 399 BGB. scheitern.

Dies gilt nicht nur für Ansprüche auf Abschluß zweiseitiger, sondern auch einseitiger Verträge, so z. B. auch für den Anspruch aus dem Darlehnsvorvertrage. Dieser Anspruch richtet sich nämlich nicht lediglich auf die Zahlung einer Summe, sondern auf Auszahlung zum Zwecke der Darlehnsbegründung mit demjenigen, der das Darlehnsversprechen empfangen hat. Auch hier wird der Inhalt des Schuldverhältnisses durch die Person des zukünftigen Darlehnsschuldners, vor allem durch deren Kreditwürdigkeit, wesentlich bestimmt.[10]) Es kann dem Versprechenden nicht zugemutet werden, daß ohne seinen Willen an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers ein anderer tritt. Eine Uebertragung des Gläubigerrechts aus dem Darlehnsvorvertrage mit der Wirkung, daß durch den Empfang des Darlehns der Zessionar Darlehnsschuldner wird, ist demnach grundsätzlich nach § 399 BGB. unwirksam. Es kann allerdings die Abtretung des Anspruchs aus dem Darlehnsvorvertrage auch einen Andern Sinn haben. Die Vereinbarung der Parteien kann so aufzufassen sein, daß zwar der Zessionar das unmittelbare Recht erwerben soll, die Auszahlung des Darlehnsbetrages von dem Darlehnsversprechenden zu verlangen, daß aber der Zedent durch diese Auszahlung Darlehnsschuldner werden soll.[11]) Eine Auslegung der Parteivereinbarungen in diesem Sinne wird z. B. dann geboten sein, wenn der aus dem Darlehnsvorvertrage Berechtigte die einzelnen Raten eines zu gewährenden Baudarlehns an die verschiedenen Werkunternehmer abgetreten hat,[12]) ferner dann, wenn die Parteien beim Abschluß des Darlehnsvertrages davon ausgegangen sind, daß der Versprechensempfänger das Darlehn zum Zwecke der Leistung einer Anzahlung beim Erwerb eines

10] Vergl. Staudinger-Kober, § 610, 3 und Enneccerus-Lehmann; § 141, I. 1

11] Vergl hierzu vor allem die Rechtssprechung des Reichsgerichts (Bd. 23, S. 365, Bd. 66, S. 361 und Bd. 77, S 407.) Grundsätzlich verneint das Reichsgericht die Uebertragbarkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrage, gestattet jedoch eine Auslegung der Parteivereinbarungen im obigen Sinne

12] Siehe die Entsch. des Reichsgerichts in Bd. 38, S. 310.

Grundstücks erhalten soll, und dieser daraufhin den Anspruch an den Grundstücksverkäufer abtritt.[13])

Beim zweiseitigen Vorvertrage kommt noch ein weiterer Gesichtspunkt hinzu, der die Uebertragbarkeit des Anspruchs verbietet. Hier ist nämlich mit dem Anspruch aus dem Vorvertrage eine Verpflichtung verknüpft, und zwar dahingehend, daß auch der Berechtigte seinerseits bei dem Abschluß des Hauptvertrages mitzuwirken hat. Ohne diese Mitwirkung ist ein Zustandekommen des Hauptvertrages nicht möglich. Soll also eine Abtretung in der Weise erfolgen, daß der Hauptvertrag mit dem Zessionar zu schließen wäre, dann müßte gleichzeitig mit dem Forderungsrecht aus dem Vorvertrage auch die eben genannte Verpflichtung übertragen werden. Es wäre also mit dem Forderungsübergang notgedrungen eine Schuldübernahme verknüpft. Die Wirksamkeit der letzteren hängt aber nach § 415 BGB. von der Zustimmung des Gläubigers ab. Hieraus ergibt sich, daß der Berechtigte aus dem zweiseitigen Vorvertrage seinen Anspruch nur mit Zustimmung des andern Vertragskontrahenten übertragen kann.[14])

Grundsätzlich ist also daran festzuhalten, daß der Anspruch aus dem Vorvertrage nicht übertragbar ist. Nur wenn im konkreten Fall ein entgegenstehender Wille der Parteien besonders zum Ausdruck gebracht oder doch aus den Umständen eindeutig zu entnehmen ist, kann die Möglichkeit einer wirksamen Abtretung bejaht werden.

Die Frage der Pfändbarkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrage hängt mit der der Uebertragbarkeit eng zusammen. Nach § 851 ZPO. ist nämlich eine Forderung der Pfändung nur insoweit unterworfen, als sie übertragbar ist. Eine besondere Regelung findet sich jedoch in Abs. 2 dieser Vorschrift bezüglich solcher Forderungen, die auf Grund des § 399 BGB. nicht übertragen werden können. Diese können insoweit gepfändet und zur Einziehung überwiesen werden, als der geschuldete Gegenstand der Pfändung unterworfen ist. Beim Vorvertrag besteht der geschuldete Gegenstand in der Mitwirkung beim Abschluß des Hauptvertrages. Praktische Gesichtspunkte müssen aber zur Verneinung der

13] Lehmann (bei Enneccerus § 141, I, 1. Anm. 3) weist in diesem Zusammenhange besonders darauf hin, daß die Zulässigkeit einer Abtretung in diesem Sinne im Interesse der Verkehrssicherheit notwendig erscheine. Er hebt zwar auch hervor, daß eine derartige Parteivereinbarung keine Abtretung eines Anspruchs auf eine abstrakte Summenzahlung darstelle, weil ein solcher garnicht bestehe. Der Anspruch gehe vielmehr auf Auszahlung zum Zwecke der Darlehnsbegründung mit dem Versprechensempfänger. - Dieser Anspruch sei aber abtretbar; durch die Auszahlung der Darlehnssumme an den Zessionar werde der Versprechensempfänger Darlehnsschuldner. Insbesondere hebt Lehmann hervor, daß die Abtretbarkeit dieses Anspruchs nicht deshalb verneint werden könne, weil durch ein anderes Rechtsinstitut, nämlich die Einziehungsermächtigung, der gleiche Zweck zu erreichen sei. Praktisch sei die Einziehungsermächtigung nichts anderes als eine abgeschwächte Abtretung.

14] Vergl. hierzu Planck-Strohal § 399, 1c und Staudinger-Werner § 399 I, 1b

Pfändbarkeit eines derartigen Schuldgegenstandes führen. Die Durchführung der Zwangsvollstreckung könnte nur so vor sich gehen, daß dem Pfandgläubiger der gepfändete Gegenstand zur Einziehung überwiesen würde. Durch die Einziehung aber müßte das Zustandekommen des Hauptvertrages erreicht werden, wenn überhaupt eine endgültige Befriedigung des Gläubigers stattfinden soll. Hier ergeben sich aber erhebliche Schwierigkeiten. Es besteht nämlich keine Möglichkeit, den Pfandschuldner, also den Berechtigten aus dem Vorvertrage zum Abschluß des Hauptvertrages zu zwingen. Andererseits ist aber auch der Pfandgläubiger nicht berechtigt, den Hauptvertrag zu schließen, denn der zum Vertragsschluß Verpflichtete braucht sich nicht darauf einzulassen, den Hauptvertrag mit einem Dritten einzugehen. Hier sind dieselben Gesichtspunkte maßgebend wie bei der Abtretung. Es kann dem zum Abschluß eines Vertrages Verpflichteten nicht zugemutet werden, daß an die Stelle des ursprünglich vorgesehenen Vertragsgegners ohne seinen Willen eine andere Person tritt. Eine andere Art der Verwertung, die das Gericht zwar an sich in solchen Fällen gemäß § 844 ZPO. anordnen könnte, ist ebenfalls nicht möglich. Aus diesen Erwägungen heraus muß die Pfändbarkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrage auch dann verneint werden, wenn die Unübertragbarkeit auf § 399 BGB. beruht. Für etwaige Gläubiger besteht daher nur die Möglichkeit, zu warten, bis der aus dem Vorvertrag Berechtigte den Hauptvertrag selbst abgeschlossen hat. Erst dann sind sie in der Lage, die aus dem Hauptvertrage geschuldete Leistung zu pfänden und einzuziehen.

Für die Vererblichkeit des Anspruchs aus dem Vorvertrage sind die gleichen Grundsätze wie für die Uebertragbarkeit von Bedeutung. Das Bürgerliche Gesetzbuch zählt eine Reihe von Rechten auf, die mit dem Tode des Berechtigten erlöschen,[15]) und zwar handelt es sich hierbei um solche Rechte, für deren Inhalt die Persönlichkeit des Berechtigten von wesentlicher Bedeutung ist. Es soll auch hier vermieden werden, daß durch einen Uebergang des Rechts auf eine andere Person eine Veränderung des Inhalts der Leistung zum Nachteile des Schuldners eintritt. Auch für den Inhalt der Leistungsverpflichtung aus dem Vorvertrage ist die Persönlichkeit des zukünftigen Vertragsgegners von wesentlicher Bedeutung. Eine Vererblichkeit ist demnach grundsätzlich ausgeschlossen, es sei denn, daß aus den ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarungen der Parteien das Gegenteil zu entnehmen ist.

---

15) Siehe u. a. §§ 759, Abs. 1; 514, S. 1; 847, Abs. 1; 1061, S. 1; 1300, Abs. 2 und 1615 Abs. 1.

III.

Aufrechenbarkeit und Verjährung des Anspruchs.

Die Möglichkeit der Aufrechnung mit dem oder gegen den Anspruch aus dem Vorvertrage ist nach den in § 387 BGB. dargelegten Gesichtspunkten zu beurteilen. Nach diesen Vorschriften ist u. a. Voraussetzung für die Aufrechenbarkeit zweier Leistungen, daß sie ihrem Gegenstande nach gleichartig sind. Die besondere Art des Anspruchs aus dem Vorvertrage weist aber keinerlei Gleichartigkeit mit andern Ansprüchen auf. Die Möglichkeit der Aufrechnung ist deshalb zu verneinen. Die Sachlage wird jedoch eine andere, wenn der Schuldner verpflichtet ist, an Stelle der Mitwirkung zum Vertragsschluß Schadensersatz in Geld zu leisten. In einem solchen Falle könnte er wirksam gegen eine andere Geldforderung, die er gegen den Gläubiger hat, aufrechnen. Die Gleichartigkeit braucht nämlich nur zur Zeit der Aufrechnungserklärung[16]) vorzuliegen. Die Vorschrift des § 393 BGB. würde einer Aufrechnung nicht entgegenstehen, denn die Ersatzansprüche aus vorsätzlicher Vertragsverletzung sind gegen eine Aufrechnung nicht geschützt, sofern die zum Ersatz verpflichtende Handlung nicht zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt.[17])

Für die Bestimmung der Verjährungsfrist des Anspruchs aus dem Vorvertrage können die für den Anspruch des Hauptvertrages geltenden Verjährungsfristen nicht maßgebend sein.

Vor- und Hauptvertrag sind zwei verschiedene, für sich bestehende Schuldverhältnisse. Der Anspruch aus dem Vorvertrage ist im Verhältnis zu dem des Hauptvertrages völlig selbständig. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, daß zwischen dem Inhalt dieser beiden Ansprüche keinerlei Aehnlichkeit oder Verwandschaft besteht. Der Inhalt des Anspruchs aus dem Vorvertrage trägt einen ganz anderen Charakter als der Anspruch aus dem Hauptvertrage. Während jener in der Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages besteht, hat dieser z. B. die Zahlung einer Geldsumme, die Lieferung einer Ware oder die Herstellung eines Werkes zum Gegenstande. Gerade der Inhalt eines Anspruchs ist aber für die Verjährungsfrist bestimmend. Eine Uebertragung der für die Ansprüche aus dem Hauptvertrage geltenden Verjährungsfristen auf den Anspruch des Vorvertrages ist demnach mit Rücksicht auf die völlig verschiedene Natur dieser Ansprüche nicht angängig.

16] Vergl RGRK. § 387, 3 und Staudinger-Werner § 387, I, 2
17] Siehe Enneccerus-Lehmann, § 73, II, 1 Anm. 2 und die Entsch des Reichsgerichts in Bd. 56, S. 321.

Der Anspruch aus dem Vorvertrage verjährt vielmehr mangels besonderer Bestimmung gemäß § 195 BGB. in der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig Jahren.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß in manchen Fällen die dreißigjährige Verjährungsfrist eine unnötige Härte mit sich bringen kann. Dem ist aber nur dadurch zu entgehen, daß die Parteien durch eine besondere Abrede eine abweichende Verjährungsfrist vereinbaren.

§ 8
Die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs.

I.
Inhalt des Klagantrages.

Die aus dem Vorvertrage sich ergebende Verpflichtung zum Vertragsschluß ist bestimmend für den Inhalt des Klagantrages.

Sind in dem Vorvertrage bereits sämtliche Einzelheiten des zukünftigen Vertrages bestimmt, so hat der Klagantrag dahin zu gehen, den Beklagten zu verurteilen, den folgenden — im einzelnen dargelegten — Vertrag mit dem Kläger zu schließen.

Ist dagegen der Inhalt des Hauptvertrages in seinem vollen Umfange durch den Vorvertrag noch nicht bestimmt, sondern sind verschiedene Punkte unbestimmt gelassen,[1]) so muß die Klageschrift den Inhalt des Hauptvertrages, soweit er bestimmt ist, enthalten; im übrigen muß der Kläger darlegen, auf welche Weise die Unbestimmtheit behoben werden soll. Er muß z. B. angeben, daß der noch fehlende Inhalt des Hauptvertrages durch den Vertragsgegner, durch einen Dritten, oder durch den Richter ergänzt werden soll.

Nicht aber kann die Klage sofort auf Leistung des Interesses oder auf Leistung aus dem Hauptvertrage[2]) gerichtet werden, denn der Anspruch aus dem Vorvertrage geht, wie bereits dargelegt,[3]) lediglich auf Vertragsschluß, und nur dieser Anspruch kann mit der Klage geltend gemacht werden. Der gegenteiligen Ansicht liegt letzten Endes nur der Gedanke zu Grunde, das Erfordernis zweier Klagen zur endgültigen Befriedigung sei unzweckmäßig und zeitraubend, deshalb könne das Recht nicht zulassen, daß die Verwirklichung eines Rechtserfolges von der

1] Ueber das Inhaltserfordernis des Vorvertrages im einzelnen vergl. § 6, II, 1
2] So z. B. Staudinger-Riezler, Vorb. 8 Abs. 6 zu § 145
3] Vergl. § 7, 1

Anstrengung zweier Klagen abhängig sei.[4]) Dieser Gedanke erscheint auf den ersten Blick beachtenswert. Er wird jedoch in seiner Bedeutung erheblich abgeschwächt, wenn man von der praktischen Seite ausgeht. In den wenigsten Fällen wird die Anstrengung eines zweiten Prozesses erforderlich werden, weil der zum Vertragsschluß Verurteilte, schon um weitere Kosten zu sparen, zumeist freiwillig die Leistung aus dem Hauptvertrage erfüllt. Eine wesentliche Vereinfachung und Zeitersparnis wird der Kläger aber auch dadurch erreichen können, daß er mit der Klage auf Vertragsschluß die Klage auf Geltendmachung des Anspruchs aus dem Hauptvertrage, und zwar als auf eine künftige Leistung im Sinne des § 259 ZPO. gerichtet, verbindet. Zur Begründung der letzteren müßte er allerdings darlegen, daß aus den Aeußerungen oder dem Verhalten des Schuldners der Schluß gezogen werden kann, daß dieser nicht leisten wolle,[5]) mithin die Besorgnis gerechtfertigt ist, daß der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Klagenverbindung sind allerdings Bedenken geltend gemacht worden. So wird im Hinblick auf den Wortlaut des Gesetzes vielfach betont, eine Verurteilung zur künftigen Leistung im Sinne des § 259 ZPO. sei nur dann statthaft, wenn der geltend gemachte Anspruch als solcher zur Zeit der Klageerhebung bereits bestehe.[6]) Dieser Gedanke verdient jedoch in seiner Allgemeinheit keine Anerkennung: Maßgebend für die Anwendung des § 259 ZPO. kann nur sein, ob aller Voraussicht nach die Verpflichtung des Schuldners später eintreten wird. Hängt die Entstehung eines Anspruchs von dem Eintritt eines bestimmten Tatbestandsmerkmals ab, so bestehen gegen die Geltendmachung dieses Anspruchs durch Klage auf künftige Leistung jedenfalls dann keine Bedenken, wenn der Kläger darlegt, daß dieses Tatbestandsmerkmal, von dessen Eintritt der Anspruch abhängt, mit Bestimmtheit eintreten wird.[7]) In einem solchen Falle kann nämlich von einer Ungewißheit nicht mehr gesprochen werden. Ganz entsprechend liegen aber die Verhältnisse bei der Geltendmachung des Anspruchs aus dem Vorvertrage. Dieser Anspruch entsteht mit dem Zustandekommen des Hauptvertrages selbst. Legt also der Kläger in seiner Klage unter Beweisantritt eindeutig dar, daß der Beklagte zum Abschluß des Hauptvertrages verpflichtet ist, so ist mit Gewißheit ein den Beklagten verurteilendes Erkenntnis zu erwarten. Mit der Rechtskraft dieses Urteils gilt dann der Hauptvertrag als

4] Bereits Schloßmann [S. 11] und Stintzing [S. 32, Anm. 1] haben diesen Vorwurf erhoben

5] Stein-Jonas, § 259 II

6] z. B. Stein-Jonas § 259 II

7] Vergl. hierzu Sydow-Busch [§ 259, 1] sowie die Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 58 S. 140, wo die Möglichkeit der Geltendmachung künftig erst entstehender Ansprüche durch Klage gemäß § 259 ZPO bejaht wird.

geschlossen, und damit würde der Anspruch zur Entstehung gelangen. Unter solchen Voraussetzungen erscheint es nicht nur dem Sinn des § 259 ZPO. entsprechend, sondern auch gerecht und billig, wenn der Anspruch auf Leistung aus dem Hauptvertrage gleichzeitig mit der Klage auf Vertragsschluß geltend gemacht werden kann. [8] [9]

Das Erfordernis zweier Klagen würde also praktisch keine wesentlichen Umständlichkeiten nach sich ziehen.

II.

Ebenso wie der Kläger in seiner Klageschrift den vollen Inhalt des abzuschließenden Vertrages darzulegen hat, so wird auch das Urteil so gefaßt sein müssen, daß der ganze Vertragsinhalt aus dem Tenor, vorbehaltlich seiner Auslegung durch Tatbestand und Gründe, ersichtlich ist, sodaß der Abschluß des Vertrages nur noch die Erklärung des Beklagten, diesem Vertrag schließen zu wollen, erfordert. Auf diese Weise wird dann für die Erzwingung der Erklärung die Vorschrift des § 894 ZPO. Anwendung finden können, wonach mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben gilt. Zweifel könnten lediglich da entstehen, wo es sich um den Abschluß eines formbedürftigen Vertrages handelt.[10] Hier wird man unterscheiden müssen, ob die Vertragsurkunde bloße Trägerin der Willenserklärung, oder aber, ob sie wirkliche, unentbehrliche Grundlage für den Bestand des Rechts ist. Im ersteren Fall ist § 894 ZPO. anwendbar, denn die Fiktion dieser Vorschrift schafft hier den vollen Rechtserfolg. § 894 ZPO. redet ganz allgemein von Willenserklärungen. Der Sinn dieser Bestimmung ist, jeden Zwang zur Handlung da auszuschließen, wo man ohne ihn auskommen kann. Dieser Gedanke des Gesetzes muß dazu führen, auch bei Formalerklärungen die Fiktion des § 894 ZPO. eintreten zu lassen.[11] Es ist aber zu betonen, daß nur die Erklärung des Schuldners als abgegeben gilt, die des

8] Für die Zulässigkeit der Klagenverbindung auch Alzen [a.a.O. S. 47, 48]

9] Das Reichsgericht hat sich in der Entsch. Bd. 104, S. 133 mit dieser Frage befaßt. Es handelte sich um einen Vorvertrag zu einem schriftlichen Pachtvertrage. Das Berufungsgericht hatte, dem Klageantrage entsprechend, den Beklagten zum Abschlusse des entsprechenden Pachtvertrages verurteilt sowie weiterhin auch die Verurteilung auf die Gewährung des Pachtbesitzes erstreckt. Das Reichsgericht billigt diese Entscheidung mit Recht. Es hebt in den Gründen hervor, daß durch die Entscheidung nichts anderes zum Ausdruck gebracht werden sollte, als daß der Beklagte zunächst den Pachtvertrag schriftlich abschließen und dann auf Grund dieses erst abzuschließenden Vertrages den Pachtbesitz gewähren solle. Danach scheint auch das Reichsgericht eine Verbindung der Ansprüche aus Vor- und Hauptvertrag in einem Prozeß für zulässig zu erachten.

10] zu dem Formerfordernis des Vorvertrages im einzelnen vergl. § 8 III

11] Siehe Kipp, a. a. O. S. 88 und Traut, a. a. O. S. 26

Gläubigers muß demnach in der vorgeschriebenen Form erfolgen.[12]) Handelt es sich z. B. um den Abschluß eines notariellen Vertrages, so muß der Gläubiger vor dem Notar den Vertragsschluß erklären und an Stelle der Zustimmung des Schuldners das gegen denselben erwirkte rechtskräftige Urteil vorlegen.

Dagegen kann die Form nicht durch die Fiktion des § 894 ZPO. ersetzt werden, wenn die Urkunde eine unentbehrliche Grundlage des Vertrages bildet. Das ist der Fall bei der Ausstellung von Skripturobligationen. Der Grund liegt darin, daß in solchen Fällen durch eine Fiktion der in der Ausstellung liegenden Willenserklärung der volle Rechtserfolg nicht erreicht werden kann,[13]) denn das tatsächliche Vorhandensein der Urkunde, z. B. des Wechsels, ist für den Bestand des in ihm verbrieften Rechts als solches, wesentlich. Weiterhin ist die Vornahme bestimmter Rechtshandlungen, z. B. die Uebertragung der Wechselforderung, von dem tatsächlichen Vorhandensein der Urkunde abhängig. Die Errichtung der Urkunde ist also Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs. Eine Erzwingung ist nur auf dem Wege des § 888 ZPO. möglich.

§ 9.

Sicherung des Anspruchs durch Arrest oder einstweilige Verfügung.

Der Arrest dient zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs, der in eine Geldforderung übergehen kann. (§ 916 ZPO.) Diese letztgenannte Möglichkeit besteht bei jedem vermögensrechtlichen, geldwerten Anspruch. Auch der Anspruch auf Mitwirkung beim Vertragsschluß, also auf Abgabe einer Willenserklärung, ist vermögensrechtlicher Natur, wenn der zukünftige Vertrag selbst vermögensrechtlichen Inhalt hat. Im Falle der verschuldeten Unmöglichkeit oder des Verzuges kann dieser Anspruch in eine Schadensersatzforderung in Geld übergehen. Zur Sicherung der Zwangsvollstrekkung wegen dieser eventuellen Ersatzforderung ist nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 916 ff. ZPO. die Anordnung eines Arrestes zulässig.[1]) Es ist nicht notwendig, daß der Berechtigte statt der Mitwirkung zum Vertragsschluß bereits das Verlangen auf eine Schadensersatzleistung in

12] So RG. Bd. 31 S. 360; ferner Stein-Jonas, § 894, II. Abs. 2 und Baumbach, § 894 3, B.
13] Vergl. Kipp, a. a. O. S. 99 und Stein-Jonas, § 894, I, 2
1] Vergl. Stein-Jonas, § 916, 2; Seuffert, § 916, 1; Baumbach, § 916, 2 sowie die Entscheidung des Oberlandesgerichts München in OLG 23 S 228

Geld gestellt hat, sondern es genügt, daß überhaupt die Möglichkeit eines eventuellen Ueberganges des ursprünglichen Anspruchs in eine Geldforderung besteht. Jedoch muß der Geldwert der Leistung feststehen, ehe der Arrest verhängt werden kann.[2]) Der Gläubiger hat also in dem Antrage auf Anordnung des Arrestes ziffernmäßig darzulegen, wie hoch sich sein eventueller Schaden beläuft.

Die Anordnung eines Arrestes ist aber nur zur Sicherung der eventuellen Interesseforderung des Gläubigers zulässig. Ist dem Gläubiger lediglich daran gelegen, die Leistung selbst, nämlich die Mitwirkung beim Vertragsschluß, zu sichern, dann bleibt ihm nur die Möglichkeit der Erwirkung einer einstweiligen Verfügung. Voraussetzung für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung gemäß § 935 ZPO. ist die Besorgnis, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Das durch den Vorvertrag begründete Recht der Partei ist gerichtet auf das Zustandekommen eines wirksamen Hauptvertrages. Nach § 935 ZPO. ist aber eine einstweilige Verfügung nur in Beziehung auf einen bestimmten Streitgegenstand zulässig. Voraussetzung ist also, daß der Vorvertrag sich auf den Abschluß eines solchen Hauptvertrages richtet, der sich auf einen bestimmten Leistungsgegenstand, an dem sich die einstweilige Verfügung betätigen kann, bezieht. Der Leistungsgegenstand des Hauptvertrages ist zwar an sich nicht Streitgegenstand des Vorvertrages. Das Recht der Partei auf das Zustandekommen eines wirksamen Hauptvertrages wird aber vereitelt, wenn dessen Leistungsgegenstand vernichtet wird, oder wenn der Schuldner über ihn anderweitig verfügt.[3]) Dieser Gesichtspunkt zwingt notwendig zu der Folgerung, den Streitgegenstand des Vorvertrages im Sinne des § 935 ZPO. auch auf den Leistungsgegenstand des Hauptvertrages auszudehnen, obgleich dieser als solcher noch nicht geschuldet wird. Sonst wäre eine Sicherung des Vorvertragsberechtigten garnicht möglich. Man stelle sich z. B. vor, der Händler H. der sich durch einen Vorvertrag verpflichtet hat, dem B ein bestimmtes Pferd zu verkaufen, verfolge offensichtlich die Absicht, das Pferd nunmehr anderweitig zu verkaufen oder es ohne jeglichen Grund zu töten. Es wäre unbillig, wenn B einer solchen Handlungsweise des H, durch die doch sein Recht auf das Zustandekommen eines wirksamen Hauptvertrages vereitelt wird, machtlos zusehen müßte und lediglich auf eine Schadensersatzforderung angewiesen wäre. Man wird deshalb auf Antrag des Vorvertragsberechtigten den Erlaß einer einstweiligen Verfügung in Be-

2] Vergl. Seufert, § 916, 1
3] Vergl. hierzu im einzelnen § 7, 1

ziehung auf den bestimmten Streitgegenstand des Hauptvertrages für zulässig halten müssen, wenn zu besorgen ist, daß der Schuldner den Leistungsgegenstand des Hauptvertrages vernichtet oder anderweitig über ihn verfügt.

Lebenslauf.

Ich, Heinrich Schemmer, Sohn des beeid. Versteigerers Heinrich Schemmer aus Lüdinghausen i. W., bin am 6. September 1908 in Lüdinghausen i. W. geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit und bin kath. Konfession. Nachdem ich am 5. März 1929 am Realgymnasium in Lünen i. W. die Reifeprüfung abgelegt hatte, widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft. Ich besuchte im S. S. 1929 die Universität Freiburg i. Br., im W. S. 1929/30, S. S. 1930 sowie im W. S. 1930/31 die Universität in Bonn und im S. S. 1931 sowie im W. S. 1931/32 die Universität in Münster i. W. Im S. S, 1932 hörte ich an der Universität in Münster Vorlesungen als Gasthörer. Die erste juristische Prüfung bestand ich am 6. März 1933 vor dem juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm. Am 31. März 1933 wurde ich zum Referendar ernannt. Meine mündliche Doktorprüfung bestand ich am 26. Februar 1935.